

حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون

الدكتور
بدران أبو العينين بدران
أستاذ ورئيس قسم الشريعة (سابقاً)
بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
وأستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن
بالمعهد العالي للقضاء - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المملكة العربية السعودية

١٩٨٧

الناشر
مؤسسة شباب الجامعة
للطباعة والنشر والتوزيع
ت ٤٨٣٩٤٧٢ إسكندرية


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون

الدكتور
بدران أبو العينين بدران
أستاذ ورئيس قسم الشريعة (سابقا)
بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
وأستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن
بالمعهد العالي للقضاء - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المملكة العربية السعودية

١٩٨٧

الناشر
مؤسسة شباب الجامعة
للطباعة والنشر والتوزيع
ت ٤٨٣٩٤٧٢ إسكندرية

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

حيث كان الأولاد في هذه الحياة هم رجال المستقبل ، وعليهم يعتمد هذا الوجود ، لأنهم محط الآمال ، ومعقد الرجاء ، أعطاهم التشريع الإسلامي عناية كبيرة ، وخصتهم الشريعة الإسلامية بجانب عظيم من الاهتمام . فشرعت كثيرا من أحكام الطفولة ، وأوضحت كثيرًا من الأحكام التي تتعلق بها ، فأبانت أحكام الطفل من حين أن تدب فيه الحياة وهو لما يزال في بطن أمه إلى أن يشب ويترعرع ، كل هذا محافظة منها على قيام المجتمع على أتم وجه وأكمله ، وصيانة لأفراده من الفساد ، فهاهي تشرع الزواج كوسيلة لإنجابهم ، وإيجادهم إلى هذه الحياة

فإذا ما ولد الطفل حافظت عليه من الذل ، وحصنته من الضياع ، وأبعدته عن العار ، فأثبتت له النسب من والديه ، فكان هذا أول حق يثبت له بعد انفصاله من أمه

ولما كانت الوسيلة الوحيدة لتغذيته وبقائه وهو في مهده هو لبن أمه ، أوجبت للطفل حقا ثانيا هو الرضاع ، محافظة عليه من الهلاك بسبب الجوع .

وحيث كان الطفل من حين ولادته إلى أن يبلغ مبلغ الرجال يمر بمرحلتين

أولاهما : مرحلة الحاجة إلى تربيته ، والقيام بحفظه ، والعناية بإصلاحه ، وهي فترة الحضانة ، فكانت هذه ثالثة الحقوق التي تثبت للطفل ، وثانيهما : مرحلة الضم إلى الولي وتبدأ من حين انتهاء حضانة النساء ، وتنتهي بالبلوغ مع العقل ، والاستغناء عن الولي ، وهذه الولاية سلطة تجعل للولي مباشرة التصرفات التي تتعلق بنفس الطفل من صيانة وحفظ وتعليم وتزويج ، كما تثبت له على الطفل ولاية أخرى هي الولاية على المال ، فيكون للولي قدرة على التصرفات التي تتعلق بمال الصغير كالبيع والإجارة والرهن وغيرها من التصرفات .

فتثبت في هاتين المرحلتين حقان أخريان أحدهما الحضانة ، لاحتياج الأولاد في فترة طفولتهم إلى من يرعى شئونهم في الأكل واللبس والنوم وغير ذلك ، والثاني الولاية على النفس والمال إن كان ، لأن الأولاد قبل بلوغهم سن الرشد يحتاجون إلى من يرعى شئونهم في التعليم والتزويج والتأديب ، وإذا كان للأولاد مال فهم في حاجة إلى من يقوم بحفظه واستثماره .

وخامس الحقوق للأولاد النفقة ، لأن هؤلاء في فترة طفولتهم غير قادرين على التكسب ، وفي حاجة إلى من ينفق عليهم حين لا يكون لهم مال يكفي لنفقتهم .

هذا وقد كان العمل في مصر يجري على الأخذ في أحكام هذه الحقوق بما هو أرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة فلما صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ — والمرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها . والقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على النفس — والقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال . صارت هذه الموضوعات التي شملتها هذه القوانين يحكم بها ، سواء أكانت متفقة مع المذهب الحنفي أو مخالفة له . أما ما لم ينص عليه في هذه القوانين فيكون العمل فيه بمقتضى الراجح من مذهب أبي حنيفة كما تنص على ذلك المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية [١] .

---

(١) « تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة . ولأرجح الأقوال من مذهب أبي —

أما في لبنان فلا يزال العمل يجري للآن بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة إذ لم يصدر في شأنها قانون آخر. كما أن قانون حقوق العائلة لم يتعرض لذلك.

الحق الأول : النسب

وهو رابطة سامية، وصلة عظيمة على جانب كبير من الخطورة، لذا لم يدعها الشارع الكريم نهباً للعواطف والأهواء، تهبها لمن تشاء، وتمنعها من تشاء بل تولاها بتشريعه، وأعطاها المزيد من عنايته، وأحاطها بسياج منيع يحميها من الفساد والاضطراب، فأرسى قواعدها على أسس سليمة، فإنه تعالى وقد قضت حكمته السامية، وسنته في خلقه أن يوجد الطفل لا حول له ولا قوة، غير مستقل بنفسه، وغير قادر على القيام بشئونه، كان من عظيم رحمته أن يودع في الآباء حب الأبناء، فيظلوا مدفوعين بعامل خفي على رعاية أبنائهم، يحدوهم إلى ذلك وازع الحنو الذي لا ينازعهم فيه أحد، فمن تشريعات الإسلام

أنه قضى على التبني الذي كان شائعاً بين العرب في جاهليتهم قبل أن يسطع عليهم نور الإسلام، فقد كانوا يدّعون أبناء غير أبنائهم، وينسبونهم إليهم، ويجرون عليهم أحكام الأبناء الصلبيين، من تحريم زواج وغيره، فلما جاء الإسلام وهم على تلك الحالة أبطل تلك العادة، وألغى ما كانوا يرتبون عليها من أحكام، فقال تعالى في محكم كتابه، « وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم

ـــ حنيفة ، ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد

بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل » (سورة الاحزاب/٤) كذلك أمر الله أن ينسب هؤلاء الأولاد إلى آبائهم إن عرفوا،فإن لم يعلم الأب لولد من الأولاد ، فإنه يدعى أخا في الدين أو مولى من الموالي ، قال الله تعالى « أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم » (الاحزاب / ٥) .

كما نهى الله الآباء عن إنكار نسب الأولاد الذين منهم ، وتوعدهم على ذلك بالعقاب والعذاب ، دل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم . « أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه - أي يعلم أنه ابنه - احتجب الله منه يوم القيامة ، وفضحه على رءوس الخلائق » ، ولعل هذا الوعيد لما يترتب على إنكار الأب ولده من تعريض الولد للذل والعار الذي لا يمحي ، وفي هذا ضرر بالغ وأي ضرر

كذلك نهى الشارع الأبناء أن ينتسبوا إلى غير آبائهم ، وحرم عليهم الجنة إن هم فعلوا ذلك ، قال صلى الله عليه وسلم « من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام » . ولعل الحكمة في ذلك أن انتساب الولد إلى غير أبيه عقوق للأب وإساءة إليه ، وترك لشكر نعمته .

وأكثر من هذا حرم الله على المرأة أن تنسب إلى زوجها من تعلم أنه ليس منه ، فقال عليه السلام « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها جنته » .

هذا وقد وضع الشارع لثبوت النسب سبباً واضحاً هو : الاتصال بالمرأة ، ومخالطة رجل لها بطريق من طرق الحل ، كالزواج أو ملك اليمين ، فإذا تحقق ذلك الحل أو شبهته، ووجدت تلك المخالطة بين الزوج وزوجته كان الرجل أباً للولد الناتج الذي هو ثمرة هذه المخالطة وبذلك يكون الفراش

قائماً . أشار إلى ذلك قوله عليه السلام « الولد للفراش وللعاهر الحجر »[١] .

وحرصاً على عدم ضياع الأولاد عني فقهاء المسلمين بهذا الحق عناية كبيرة، وتناولوا أمره من كل جوانبه ، حتى إن بعضهم يقول ببعض أحكام لا تتفق مع مجاري العادات . ولعل ذلك رغبة منهم على الحفاظ على الأولاد ، وعدم ضياع أنسابهم التي تفضي بهم إلى التشرد الاجتماعي ، والإفساد في الأرض .

لمن حق النسب ؟

النسب حق من الحقوق الشرعية التي لا يصح للزوجين أن يتفقا عند عقد الزواج على نفيه ، لكنه ليس حقاً خالصاً لله حتى يكون محضاً له ، بل هو مشترك بين الله تعالى ، وأطراف النسب وهم الأب والأم والولد .

أما وجه كونه حقاً لله : فلأنه يحقق مصلحة عامة للمجتمع ، يقول صاحب المحيط البرهاني معللاً ذلك « إنه يتضمن حرمات كلها لله تعالى : حرمة المرأة وحرمة الأمومة والأبوة ، ومعنى حرمة المرأة أنه لا يحل مخالطتها إلا بطريق الزوجية أو ملك اليمين ، وبهذا لا ينسب الولد إلا لمن خالطها على أحد الوجهين السابقين — وحرمة الأبوة والأمومة أن الله تعالى أوجب حقوقاً تجب مراعاتها ، ولا تمكن هذه الرعاية إلا بالمحافظة على الأنساب ، وفضلاً عن ذلك فالنسب من الروابط الوثيقة التي تربط المجتمع بعضه ببعض ، فما المجتمع إلا مجموعة من الأسر ، والأسرة أساس المجتمع .

---

(١) والعاهر هو الزاني ، يقال عهر أي زنى — ومعنى الحديث : أن من يجيء من الأولاد ثمرة للفراش صحيح قائم على عقد زواج أو ملك يمين ينسب إلى أبيه . وان الزنا لا يصلح ان يكون سبباً للنسب . ومعنى ان الزاني له الحجر قيل : المراد الخيبة اي لا شيء له في الولد . وكانت العرب تقول له الحجر وبفيه التراب يريدون ليس له إلا الخيبة . وقيل ان المراد بالحجر أنه يرجم بالحجارة اذا زنى . وهو مردود بأنه لا يرجم بالحجارة كل زان إنما يرجم المحصن فقط وقيل يحتمل ان يراد بقوله « وللعاهر الحجر » انه لا شيء له من الولد ولا يحصل له من ذلك الزنا غير طرده بالحجارة .

ومما يشهد لكون النسب حقاً من حقوق الله تعالى أنه تقبل الشهادة فيه حسبة . « أي من غير أن تكون هناك دعوى من المدعي » .

وأما كون النسب حقاً للأم : فيظهر في أن من حقها صيانة الولد من الضياع ، ودفع تهمة الزنا عن نفسها، ولهذا صلحت الأم أن تكون خصماً في دعوى نسب ابنها من أبيه ما دام في يدها ، لا فرق بين أن تكون الدعوى مجردة خالصة ، وبين أن تكون ضمن دعوى أخرى كنفقة أو حضانة .

فإن لم يكن الولد في يد الأم لكونه بلغ سن زوال حضانته عنها، فلا تصلح خصماً في دعوى نفقة الابن على أبيه ، لانعدام صفتها بزوال يدها ، لكنها تصلح خصماً في دعوى نسب الولد المجردة ، لأنها صاحبة مصلحة حقيقية في إثبات نسب ولدها من أبيه لتدفع عن نفسها تهمة الزنا ، فكونها أماً للولد كاف في اعتبارها ذات صفة في دعوى النسب التي لها ارتباط وثيق بالأمومة

وأما كون النسب حقاً للأب فدليله : أنه يترتب على ثبوت نسب الولد منه ثبوت الولاية له على الولد ما دام صغيراً، وحق ضم الولد إليه عند انتهاء حضانة النساء له ، وحق إرثه إذا مات الولد قبله ، وصلاحيته لأن يكون خصماً في دعوى النسب منه ، وكذلك يترتب على ثبوت نسب الولد من الأب أن ينفق الابن على أبيه ، إذا كان محتاجاً ، متى كان الابن قادراً على الكسب

وأخيراً فالنسب حق للولد لاحتياجه إلى دفع العار عن نفسه ، بكونه ولد زنى ، ولأن ثبوت نسبه ، يستتبع للولد حقوقاً، منها حق النفقة، وحق الرضاع ، وحق الحضانة ، وحق الإرث ، وغير ذلك من الحقوق التي أثبتها له الشرع ، كما اثبتتها له القوانين الأخرى .

ثبوت النسب من الأم :

يثبت نسب الولد من أمه بالولادة ، ولا يتوقف على شيء آخر، ولا فرق

بين أن تكون الولادة من زواج صحيح ، أو من زواج فاسد ، أو من سفاح ، أو وطء بشبهة كمخالطة الرجل لامرأة زفت إليه ، وقيل له إنها زوجته ، وليست هي الزوجة ، أو مخالطة مطلقته ثلاثا في عدتها .

أما ثبوت النسب من الأب ففيه تفصيل طويل يحتاج إلى بيان المقدمات التي تسبق وجود الولد على قيد الحياة وفي الوجود الخارجي . وأهم هذه المقدمات : الحمل ، والولادة . أما الولادة فينقسم الكلام عنها إلى : طرق إثبات دعواها ، وإثبات شخصية المولود وتعيينه .

أولاً : الحمل ومدته :

تتفق كلمة الفقهاء على أن أقل مدة ينزل الجنين بعدها من بطن أمه متميز الأعضاء حياً ستة أشهر ، باعتبار أن الشهر ثلاثون يوماً ، فالمدة (١٨٠) يوماً. وحجتهم في ذلك قوله تعالى « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » ، وقوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » . فقد دلت الآية الأولى على أن مدة الحمل والرضاع ثلاثون شهراً ، ودلت الآية الثانية على أن مدة الرضاع حولان ، وبضم الآيتين إلى بعضهما وإسقاط مدة الرضاع ، يكون الباقي للحمل ستة أشهر ، ويشير إلى ذلك ما روي أن رجلاً تزوج امرأة فولدت لستة أشهر ، فهمّ عثمان رضى الله عنه أن يرجمها ، فقال عبد الله بن عباس : أما إنها لو خاصمتكم إلى كتاب الله لخصمتكم « غلبتكم » قال الله تعالى « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » ، وقال سبحانه « وفصاله في عامين » . فإذا ذهب للفصال ، وهو الفطام ، عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر ، فأخذ عثمان بقوله ، ودرأ عنها الحد وأثبت النسب من الزوج [١] . ومذهب الإمامية أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وغالبها تسعة ، وأكثرها سنة في قول بعضهم [٢] .

---

(١) المبسوط ج٦ ص ٤٤. البدائع ج٣ ص ٢١١ ، السنن الكبرى للبيهقي ج٧ ص ٤٤٢.
(٢) الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ٨٥ .

ومع أنه ورد في أقل الحمل الآيتان السابقتان والأثر، لم يرد شيء في كتاب الله ولا في سنة رسوله ما يوقف على أقصى مدة الحمل . الأمر الذي جعل آراء الفقهاء تتضارب وتتصارع، وتختلف اختلافا كثيراً ، فمنهم من يرى أن أقصى مدة الحمل سنتان وهم الحنفية . ويستدلون لذلك: بقول عائشة رضي الله عنها « الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل» وفي رواية الدارقطني والبيهقي في سننهما عن عائشة قالت « ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل »[١] ، قالوا والظاهر أن عائشة قالته سماعا من الرسول ، لأن العقل لا يهتدي إلى إدراك ومعرفة المقادير ، وبهذا يكون للحديث حكم الرفع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويصح الاحتجاج به.

ومن الفقهاء من يرى أن أقصى مدة الحمل أربع سنين وهم الشافعي[٢] وظاهر مذهب الحنابلة وحجتهم على ذلك : ما روى أن الوليد بن مسلم قال لمالك بن أنس : أفي حديث عن عائشة أنها قالت : لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل مغزل ؟ فقال سبحان الله من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق ، وزوجها رجل صدق،حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة كل بطن في أربع سنين »[٣] . كما استدلوا بعدة وقائع منها ما قيل إن الضحاك ولدته أمه لأربع سنين ، كما أن عبد العزيز بن الماجشون ولدته أمه لأربع سنين »[٤] وهذا القول أيضاً هو المشهور عند المالكية . وهناك قول في المذهب يقدرها بخمس سنين وقول ثالث يقدرها بست ، وقول رابع يقدرها بسبع سنين [٥] .

---

(١) قال في العناية على هامش فتح القدير ج٣ص ٣١٠ اي بقدر ظل مغزل حال الدوران، والغرض منه تقليل المدة . فان ظل المغزل حال الدوران اسرع زوالا من سائر الظلال .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ١٣٠ المغنى ج ٩ ص ١١٦ .

(٣) فتح القدير ج ٣ ص ٣١٠ . السنن الكبرى للبيهقي ج ٧ ص ٤٤٢ .

(٤) المبسوط ج ٦ ص ٤٥ .

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣١٠ .

ونقل صاحب مغني الحنابلة وهو ابن قدامه: أن عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين ولم يكن ذلك إلا لأنه غاية الحمل، وروى ذلك عن عثمان وعلي وغيرهما.

وجاء في بداية المجتهد لابن رشد[١] وقال محمد بن الحكم من فقهاء المالكية أقصى مدة الحمل سنة قمرية، وقال داود ستة أشهر، وقال ابن حزم في المحلى[٢] أقصى مدة الحمل تسعة أشهر، ونسبه إلى عمر رضي الله عنه». ومذهب الجعفرية في أقصى مدة الحمل فيه اختلاف. فقال أكثرهم إنها تسعة أشهر. وقال بعضهم: عشرة أشهر، وبعض آخر: سنة كاملة، وأجمعوا بكاملهم على أنها لا تزيد ساعة عن سنة واحدة. فإذا طلقها الزوج، أو مات عنها، ثم ولدت بعد سنة ولو ساعة لم يلحقه الولد، لقول الصادق: «إذا طلق الرجل زوجته وقالت: أنا حبلى، وجاءت به لأكثر من سنة ولو ساعة واحدة لم تصدق في دعواها»[٣].

تلك آراء الفقهاء في أقصى مدة الحمل، وبعض أدلتهم، إذا تأملناها نجد أنها من الضعف بمكان لأن أكثرها مبنى على وقائع جزئية، لا تقوى على إثبات تقدير صحيح مستقر لمدة أقصى الحمل، كما أنها لا تسلم من الخطأ، فغاية ما تفيده أن حيض بعض النساء قد انقطع لمدة أربع سنوات، ثم جاءت المرأة بعدها بولد، وهذه الإفادة لا تثبت قطعاً أن المرأة كانت حاملاً طول مدة انقطاع الحيض، فإنه ليس من المستبعد، بل من الجائز أن يكون قد امتد الطهر بالمرأة سنتين أو أكثر، ثم بعد ذلك حملت، وولدت لأقل من سنتين وذلك يحدث لكثير من النساء، فإن زعموا أن وجود الحركة في البطن يدل على الحمل

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٥٢.
(٢) المحلى ج ١٠ ص ٢١٦.
(٣) راجع كتاب الجواهر، كتاب المسالك وسائر كتب الشيعة، والأحوال الشخصية للشيخ جواد مغنية ص ٧٩.

نقول لهم إن وجود حركة في بطن المرأة لا يكون قاطعاً في كون المرأة حاملا، لجواز أن يكون ذلك ناشئاً عن غير الولد .

أما الاستدلال بأثر عثمان الذي استند إليه الحنفية فضعيف أيضاً من جهة أن تحديد هذه المدة ، وإن كان لا يدرك بالعقل ، إلا أنه قد يدرك بإخبار النساء ، ومشاهدة أحوالهن ، وبهذا لا يكون قول السيدة عائشة مبنياً على سماع من الرسول عليه السلام، ثم كذلك ليس من المستبعد أن يكون ذلك القول منها رأياً لها ، وحينئذ لا يصح الاحتجاج به على أنه حديث مرفوع .

وأرى رأي ابن رشد في أن الأمر يرجع إلى العادة والتجربة ، دون النادر الذي يكاد يكون مستحيلا وهو أن تكون أقصى مدة الحمل سنة شمسية. يقول ابن رشد بعد حكايته المذاهب « وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة ، وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد ، والحكم إنما يجب بالمعتاد لا بالنادر ولعله أن يكون مستحيلا »[1] .

وإن الناظر الفاحص ليلحظ أن الأقوال في المسألة بنيت التقديرات فيها على مسائل واقعية ، ولكن الواقع الحاضر لا يؤيد قولاً منها ، فإن الغالب أن مدة الحمل هي تسعة أشهر ، وجرت العادة بذلك ، وقلما أن نسمع أن امرأة ولدت لسنة أو لستة أشهر ، ومن هنا لجأت وزارة العدل في مصر إلى الطبيب الشرعي عندما وجدت بعض النساء اللاتي لا خلاق لهن تدعين نسب أولاد غير شرعيين ، اعتماداً على ما قرره فقهاء الحنفية من تقدير أقصى مدة الحمل بسنتين ، فقرر الطبيب أن أقصى مدة الحمل سنة شمسية (٣٦٥ يوماً). وذلك ليشمل جميع الحالات النادرة، ولا شك أنه حكم لا يتجافى مع الشريعة الإسلامية ، كما هو مأخوذ من قواعدها ، وعلى وفق مبادئها المقررة ، التي منها أن معرفة حكم الوقائع على وجهها الصحيح يرجع فيها إلى قول أهل المعرفة والنظر ،

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٥٢ .

والحق أن الأطباء الاخصائيين في مثل هذا الأمر، هم أهل البصر والمعرفة فيجب الرجوع إلى قولهم في ذلك [١] .

ثانياً — الولادة

من المعلوم أن نسب الطفل يتوقف ثبوته على أمرين ١ — تحقق الولادة . ٢ — تعيين المولود .

أما إثبات الولادة :

فيظهر ذلك فيما إذا ادعت امرأة ولادتها الطفل قائلة : إنها ولدته ، فأنكر الزوج عليها قولها ذلك قائلاً : إنها لم تلد ، وأن هذا الولد التي تدعي ولادته إنما هو لقيط [٢] . وحكم ذلك أنه

إذا صدقها الزوج في دعواها فإن ولادتها تثبت ، أما في حال الإنكار

---

(١) وإن من يقرأ المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يجدها تتكلم بصدد المادة الخامسة عشرة التي تنص على انه « لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق او الوفاة » فتقول ما نصه :

«ولما كان رأي الفقهاء في ثبوت النسب مبنياً على رأيهم في أقصى مدة الحمل ، ولم يبن أغلبهم رأيه في ذلك إلا على إخبار بعض النساء ، بأن الحمل مكث كذا سنين والبعض الآخر كأبي حنيفة بني رأيه في ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة يتضمن أن أقصى مده الحمل سنتان ، وليس في أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة ، فلم تر الوزارة مانعاً من أخذ رأي الأطباء في المدة التي يمكثها فأفاد الطبيب الشرعي بأنه يرى عند التشريع ان يعتبر أقصى مدة الحمل (٣٦٥ يوماً) حتى يشمل جميع الأحوال النادرة وبهذا عدلت الحاكم عن العمل بمذهب أبي حنيفة في تحديد أقصى مدة الحمل ، وأخذت بما جاء في المادة السابقة ، ولم تسمع دعوى النسب عند الانكار لولد الزوجة إذا جاءت به بعد سنة من غيبة الزوج ، أو من وقت الطلاق أو الوفاة في المطلقة والمتوفى عنها زوجها » .

(٢) اللقيط هو المولود الذي يطرحه أهله بعد ولادته خوفاً من الفقر أو فراراً من تهمة الزنا ، أو لغير ذلك .

يختلف الحكم تبعاً لحالة المرأة . لأنها إما أن تكون زوجة ، أو معتدة من طلاق رجعي ، أو معتدة من طلاق بائن أو معتدة من وفاة : ونبين حكم كل حالة من تلك الحالات الأربع .

أولاً : إذا كانت المرأة التي تدعي الولادة زوجة للرجل المنكر ، فإما أن يكون قد سبق من الزوج اعتراف بالحمل ، أو لم يسبق . وإما أن يكون الحمل ظاهراً في وقته بحيث يعرف كل من يراها أنها حامل ، أو لا يكون ظاهراً .

ففي حال ظهور الحمل أو سبق اعتراف الزوج به ، فأبو حنيفة تثبت الولادة عنده بقول المرأة التي ولدت من غير حاجة إلى شهادة من غيرها ، قال بذلك لأن الحمل (المفضي إلى الولادة) ثابت بظهور أماراته ، أو الاعتراف من الزوج به ، فيثبت ما يفضي إليه وهو الولادة بمجرد إخبار المرأة بها من غير توقف على شيء آخر .

وقال أبو يوسف ومحمد : لا تثبت الولادة إلا إذا شهدت امرأة من أهل العدالة بها كالقابلة (المباشرة للولادة) ونحوها وحجتهم : ان الولادة لا بد من إثباتها حيث أنكر الزوج ادعاءها .

فإن لم يسبق اعتراف من الزوج بحمل المرأة ، أو لم يكن ظهور الحمل في وقته ، فاتفق الحنفية على عدم ثبوت الولادة بقول الزوجة ، بل لا بد من أن تشهد بها امرأة من أهل العدالة . وسندهم أن الولادة من الأمور التي لا يطلع عليها إلا النساء عادة . ومن القواعد المقررة في الفقه : أن شهادة النساء تقبل وحدهن فيما لا يطلع عليه الرجال من المسائل كالبكارة والثيوبة وعيوب النساء والولادة . فلهذا لا تشترط الشهادة الكاملة في إثبات الولادة هنا ، لأن في اشتراطها نقضاً لما هو مقرر وثابت فقهاً ، وإيقاع الناس في الحرج ، الذي هو مدفوع بنص كتاب الله تعالى حيث يقول سبحانه « وما جعل عليكم في الدين من

حرج » . ومما يؤيد ذلك ما قاله ابن شهاب الزهري : « مضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن » .

هذا ويقوم مقام المرأة الطبيب الذي باشر الولادة ، أو أي رجل آخر قد شاهد ولادتها لا عن عمد .

وقال مالك وابن أبي ليلى : تثبت بشهادة امرأتين واشترط الشافعي شهادة أربع من النساء . وقال الامامية : إذا ادعت الزوجة المنكوحة الولادة وجحدها الزوج تثبت بشهادة أربع من النساء أو بشهادة رجل وامرأتين أو رجلين .

ثانياً إذا كانت المرأة معتدة من طلاق بائن ، بينونة صغرى أو كبرى ، وولدت ولداً في أقل من سنتين « وهي المدة التي قال الحنفية أنه يثبت نسب الولد فيها » فأنكر الزوج ، فمذهب أبي حنيفة ثبوت الولادة بقول المرأة إذا كان هناك حمل ظاهر ، أو اعتراف من الزوج به ، ولا يحتاج ثبوتها إلى شهادة خارجية ، لأن الحمل ثابت بظهوره أو بالاعتراف به فيثبت ما يفضي إليه وهو الولادة ، فإن لم يكن شيء من ظهور حمل ، أو اعتراف من الزوج ، فلا تثبت الولاده عنده إلا بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين ، وحجته على ذلك: أن الشهادة في هذا المحل وإن كانت لإثبات الولادة إلا أنه سيترتب عليها ثبوت النسب من الزوج المطلق ، وثبوت النسب يحتاج إلى حجة كاملة لأن الزواج قد انقطع بسبب انتهاء العدة باعترافها بالولادة ،فاعتبرت بذلك أجنبية فيشترط كال الحجة لثبوت نسبها .

وقال أبو يوسف ومحمد : تثبت الولادة بشهادة امرأة من أهل العدالة كالقابلة وغيرها ، سواء كان هناك حمل ظاهر ، أو اعتراف من الزوج ، أو لم يكن ، وهذا لأنه في حال الاعتراف السابق بالحمل ، أو ظهور الحبل يوجد الإنكار للولادة ، فلا بد من إثباتها ، وتكفي شهادة المرأة ، أما في حال عدم الاعتراف فلأنها شهادة على الولادة التي ينكرها الزوج ، وليس لثبوت

النسب مقصوداً منها ، فإن ثبوته قائم بقيام المدة ، فإذا أتت المرأة بولد وهي معتدة يثبت نسبه من الزوج من غير توقف على شهادة ، وإذا كانت شهادة على الولادة يكتفى فيها بشهادة امرأة واحدة كما في حال قيام الزوجية ، وقولهما هذا هو الراجح

ثالثاً : إذا كانت المرأة معتدة من طلاق رجعي فيكون حكمها كحكم ولادة الزوجة القائم زوجيتها على أحد الرأيين عند فقهاء الحنفية ، ووجهه أن الزواج بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه ، لأنه يحل المطلق الوطء ودواعيه ، وعلى هذا يكون حكم النزاع في الولادة بعد الطلاق الرجعي كحكمه في حال الزواج .

وهناك آخر قول للحنفية هو أنها تعتبر كالمعتدة من طلاق بائن فلا يكفي لإثبات الولادة عند إنكارها إلانصاب الشهادة الكامل [١] .

رابعاً : إذا كانت المرأة في عدة وفاة فجاءت بولد قبل مضى سنتين من وقت الوفاة ، وأنكر الورثة الولادة يكون حكم هذه الحالة كحكم المرأة المعتدة من طلاق بائن ، فإن كان الحبل في وقته ظاهراً ، أو ثبت أن الورثة أو بعضهم كانوا قد اعترفوا بــه في وقته تثبت الولادة بقول المرأة عند أبي حنيفة ، وإن لم يكن الحبل ظاهراً أو لم يعترف به أحد من الورثة فيشترط عنده شهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

أما مذهب الصاحبين فتثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة على كل حال .

ومذهب الإمامية : إذا ادعت معتدة الطلاق الرجعي أو البائن أو معتدة الوفاة الولادة لتسعة أشهر فما دونهـا من وقت الوطء وجحدها الزوج أو الورثة فلا تثبت إلا بحجة تامة ، وهي أربع نسوة ، أو رجل وامرأتان ، أو رجلان .

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٣٠٦ . ابن عابدين ج٢ص ٦٤٢ . بدائع الصنائع ج ٢ ص٢١٧

تعيين المولود :

إذا كان النزاع غير متوجه إلى الولادة بل متوجه لتعيين الولد المولود ، بأن ولدت المرأة ولداً فأنكر الزوج أو ورثته بعد وفاته شخصية المولود ، بأن قالوا : إن المرأة ولدت أنثى والمرأة تدعي أنه مذكر . ففي تلك الحالة لا يحتاج في تعيين المولود إلى الشهادة الكاملة ، بل يكتفي في تعيينه بشهادة امرأة واحدة من أهل العدالة ، أو شهادة الطبيب المباشر للولادة ، على هذا الحكم اتفق فقهاء الحنفية ، مستدلين على ذلك بما روى الدارقطني عن حذيفة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة ، وبما روى ابن شهاب الزهري: مضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال من ولادة النساء وعيوبهن ، ولأن تعيين المولود بعد الولادة من الأمور السهلة التي لا تحتاج إلى شهادة كاملة [1] واشترط مالك وابن أبي ليلى شهادة امرأتين ، واشترط الشافعي شهادة أربع من النساء .

وقال الامامية : لو أنكر تعيين الولد فإنه يثبت تعيينه بشهادة أربع من النساء ، أو بشهادة رجل وامرأتين أو رجلين. وكذا اذا أقر الزوج أو الورثة بالحبل ، أو كان الحبل ظاهراً غير خاف وجحدوا تعيين الولد يثبت بحجة تامة بما ذكر ، ولا يثبت بشهادة القابلة وحدها .

---

(١) راجع كتاب القواعد فى الفقه الاسلامي لابن رجب الحنبلي ص ٢٩٨ .

أسباب ثبوت النسب

قدمنا أن الولادة سبب ثبوت نسب الولد من أمه ، فمتى ولدت المرأة ولداً ثبت نسبه منها . على أي حال، سواء كان مجيء الولد عن طريق حلال أو حرام .

أما ثبوت النسب من الرجل ، فله أسباب متعددة منها :

١ عقد الزواج صحيحاً كان أو فاسداً .

٢ الاتصال بالمرأة بناء على شبهة .

٣ مخالطة الرجل جاريته التي يملكها ملك يمين .

النسب عند قيام عقد الزواج الصحيح :

إذا تزوج الرجل امرأة زواجاً صحيحاً مستوفياً شرائطه وأركانه ، ثم جاءت الزوجة بولد بعد العقد وحال قيام الزوجية ، فإنه يثبت نسب هذا الولد من الزوج من غير حاجة إلى اعتراف صريح منه أو إقامة بينة على البنوة ، وهذا إذا توفرت الشروط التي سنذكرها ، لقوله عليه السلام : «الولد للفراش وللعاهر الحجر[1]»فان معناهأن الولدالذي تلده المرأة يلتحقنسبه بمن يحل له شرعاً الاتصال بها اتصالاً جنسياً ، وهو الزوج ، أو السيد المالك للأمة ، لأن المراد في الفراش في الحديث : المرأة التي يحل للرجل شرعاً أن يستمتع بها وهي الزوجة ، أو الجارية المملوكة بملك اليمين أو تعين المرأة للولادة لشخص واحد

---

(١) رواه الجماعة إلا أبا داود عن أبي هريرة . وفي لفظ البخاري « الولد لصاحب الفراش - والعاهر هو الزاني وله الحجر اي يبوء بالخيبة ، كما تقول العرب : بفيه التراب ، يريدون ليس له إلا الخيبة وقيل معناه ان له عقوبة الرجم بشروطها المقررة شرعاً .

وقد ثبت النسب في هذه الحالة من غير احتياج إلى اعتراف أو بينة ، لأن الزوجة مقصورة على زوجها في حق الاستمتاع ، ويحرم عليها تمكين غيره منها . وذلك يستتبع أن يكون كل حمل تحمله الزوجة يعتبر من زوجها ، وحملاً لحال المسلمين على الصلاح ، ولا اعتبار لكونه يحتمل أن يكون الحمل من غير الزوج، ولايخفى ما في ذلك من إحياء للأولاد، والحفاظ على الأنساب والستر على الأعراض .

شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح :

أولاً - إمكان حمل الزوجة من الزوج ، وذلك يتحقق بأمرين :

أولهما : أن يكون الزوج ممن يتصور منه الإحبال عادة ، بأن يكون بالغاً ، أو مراهقاً على قرب البلوغ ، وهو من بلغ اثنتي عشرة سنة ، وإن لم تظهر عليه أمارات البلوغ ، فإن كان الزوج صغيراً غير بالغ ولا مراهق ، وجاءت زوجته بولد ، فإن نسب هذا الولد لا يثبت منه ، لعدم إمكان الحمل منه ، إذ أنه في تلك الحال لم يكن بزواجها فراشاً يثبت النسب به .

ثانيهما : إمكان تلاقي الزوجين بعد العقد ، وقد اختلف الفقهاء في المراد بهذا الإمكان وهل هو العقلي أو العادي ؟ فقال الأئمة الثلاثة : إنه الإمكان العادي لندرة الإمكان العقلي ، ومبنى الأحكام على الكثير الغالب لا القليل النادر ، وقال الحنفية : المراد الإمكان العقلي ، فإذا تزوج رجل امرأة ولم يتلاقيا بعد العقد ، أو لم يكن في الإمكان تلاقيهما عادة ، ثم أتت بولد بعد مضي المدة المقررة شرعاً ، لا يثبت النسب شرعاً عند الأئمة الثلاثة ، وعند الحنفية يثبت النسب ، حتى إنهم قالوا : لو تزوج رجل في المشرق بامرأة في المغرب بينهما مسافة سنة ، فولدت لستة أشهر منذ تزوجها ثبت النسب ، لأن التقاء الزوجين وإن كان لا يمكن عادة، إلا أنه يمكن عقلاً . لاحتمال أن يكون الزوج من أصحاب الكرامات ، الذين تطوي لهم المسافات البعيدة [١] » .

واشترط ابن تيمية وتلميذه ابن القيم الدخول الحقيقي بالمرأة ، لثبوت

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٤٧ .

نسب الولد ، يقول ابن القيم « وهل يعد أهل اللغة والعرف المرأة فراشاً قبل البناء بها ، وكيف تأتي الشريعة بإلحاق نسب من لم يبن بامرأته ، ولا دخل بها ، ولا اجتمع بها بمجرد إمكان ذلك ؟ وهذا الإمكان قد قطع بانتفائه عادة، فلا تصير المرأة فراشا إلا بدخول محقق [١] » .

وقد رد هذا القول الشوكاني قائلاً إن معرفة الوطء المحقق متعسرة ، فاعتبارها يؤدي إلى بطلان كثير من الانساب ، وهي يحتاط فيها ، واعتبار مجرد الإمكان يناسب ذلك الاحتياط .

وقد حكى الكمال ابن الهام في فتح القدير : إن بعض المشايخ يقول إن قيام الفراش « يعني الزواج الصحيح » كاف في ثبوت النسب ، ولا يعتبر إمكان الدخول ، بل العقد قائم مقامه كما في تزوج المشرقي بمغربية ، ثم عقب على ذلك بقوله « والحق أن تصور اتصال الرجل بالمرأة شرط ، ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه ، والتصور ثابت في المغربية لثبوت كرامات الأولياء » .

ثانيــــا : أن تكون ولادتها للولد بعد مضي ستة أشهر من وقت العقد ، أما إذا ولدت الزوجة ولداً لأقل من ستة أشهر من حين العقد الصحيح عليها، فلا يثبت نسبه من الزوج بالفراش ، لأن هذه المدة هي أقل مدة يحتاج إليها الجنين حتى يولد حياً ، فإذا جاءت بالولد قبل مضي هذه المدة بعد عقد الزواج ،كان ذلك دليلاً على أن الحمل به قد حدث قبل الزواج فلا يثبت نسبه من الزوج إلا إذا ادعاه [٢] ، وأقر الزوج بأنه ابنه ، ولم يصرح أنه من الزنى، وحينئذ يكون ثبوت النسب بالإقرار منه لا بالفراش ، فنعامله بإقراره ، ونصحح له هذا الإقرار باحتمال أنه كان تزوجها سراً قبل الزواج العلني ، أو

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٦ وأنظر الزيلعي ج ٣ ص ٤٣ وقد ورد في حاشية الشلبي عليه ص ٢٩ تفسير الكرخي للفراش بأنه العقد، كما أورد تفسير الفراش في فصل المحرمات بأنه كون المرأة بحال لو جاءت بولد يثبت نسبه منه .

(٢) الدعوة بكسر الدال مع التشديد هي ادعاء الرجل أن الولد ابنه ، وهي بفتح الدال في غير النسب .

أنه دخل بها بناء على عقد فاسد أو وطء بشبهة ، فحملت منه قبل العقد العلني ، كل هذا لأن النسب مما يحتاط في إثباته ، بل مما يحتال لإثباته ما أمكن ستراً للأعراض ، وحملاً لحال الناس على الصلاح .

فإن ولدت المرأة لستة أشهر فأكثر بعد زواج صحيح ، ثبت نسب الولد من الزوج سواء أقر الزوج بالبنوة أو سكت ، ولا يحتاج إلى إثبات آخر ، كل هذا متى توفر الشرط السابق بشقيه ، وهما : كون الزوج بالغاً أو مراهقاً يمكن الحمل منه والا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين. ولا ينتفى الولد بمجرد نفيه إنما ينتفى نسبه منه بشرطين :

الأول . أن يحدث النفي للولد حين الولادة ، أو وقت شراء ما يلزمها ، أو في أيام التهنئة المعتادة بالولادة ، إذا كان الزوج حاضراً ؛ أو يحدث النفي وقت علمه بالولادة ، إذا كان غائباً

أما إذا لم ينفه في المدة المذكورة، فإن سكوته يعتبر إقراراً بالنسب منه، فلو نفاه بعد ذلك لاينتفي نسبه منه، وكذلك لاينتفي لوصرح بأن الولد منه، ثم بعد ذلك نفاه .

وعند الجعفرية : إذا ولدت الزوجة حال قيام النكاح الصحيح لتمام ستة أشهر فصاعدا إلى أقصى مدة الحمل من حيث الوطء ثبت نسبه من الزوج ، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر أو لأكثر من تسعة أشهر منذ وطئها فلا يثبت نسبه إلا إذا ادعاه ولم يقل إنه من الزنا ولم يعلم كذبه . والظاهر من هذا أن لا فرق في ذلك عندهم بين الزواج الدائم والزواج المنقطع (المتعة).

وإذا اختلف الزوجان في زمن المقاربة فقالت الزوجة قاربتني لأقل من ستة أشهر فالولد لك ، فقال هو بل قاربتك لأقل من ستة أشهر ، فالولد لغيري ، قال أبو حنيفة تصدق هي ويعمل بقولها بلا يمين . وقال الجعفرية : إن كانت هناك وقائع وقرائن تدل على قولها ، أو قوله عمل بحسبها ، وإن فقدت الأدلة ، واشتبهت الحال أخذ القاضي بقولها بعد أن يحلفها اليمين على

أنه قاربها منذ ستة أشهر وألحق الولد بالزوج [١] .

الثاني ، أن يجري اللعان بينه وبين زوجته

وهو شهادات مؤكدات بالإيمان مقرونه من جانب الزوج باللعنة ، وبالغضب من جانب الزوجة ، قائمة مقام حد القذف في حقه ، ومقام حد الزنى في حقها ، يؤديها الزوجان أمام القاضي .

وصورته ، قد نطق بها القرآن الكريم في قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ، فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » (الآيات ٦، ٧، ٨، ٩ من سورة النور) فقد أفادت هذه الآيات أن كلا من الرجل والمرأة يشهد أمام القاضي أربع مرات ، يؤكد في كل منها شهادته باليمين بالله تعالى .

يقول الرجل : أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من نفى الولد ، ويقول في المرة الخامسة : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به .

ثم تقول المرأة : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من نفى الولد . وتقول في المرة الخامسة : غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به

فإذا تم اللعان بين الرجل وزوجته على الصورة السابقة ، فرق القاضي بينهما ، ويكون هذا الطلاق طلاقاً بائناً عند أبي حنيفة ومحمد ، ولا يحل له أن يتزوج بها إلا أن يكذب نفسه ، أو يكون منه أو من الزوجة ما يزيل أهلية الشهادة ، وقال أبو يوسف إن هذا التفريق يوجب حرمه مؤبدة فلا يحل الزواج بينهما بحال .

أما الولد فينفى نسبه من الزوج ، ويكون أجنبياً عنه في النفقة والإرث ،

---

(١) راجع الدرر شرح الغرر ج ١ ص ٣٠٧ . والوسيلة الكبرى للسيد أبو الحسن باب الزواج فصل الأولاد . والأحوال الشخصية للشيخ جواد مغنية ص ٧٧ . والأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية للحلي ص ٨٥ .

بعد أن يفرق القاضي بينهما ، أما قبل تفريق القاضي بعد اللعان ، فيثبت التوارث بينهما ما لم يكن مانع آخر .

ومذهب الجعفرية : أنه اذا نفى الزوج الولد المولود لتمام ستة أشهر من إمكان الوطء عادة فلا ينتفي إلا إذا نفاه في وقت الولادة أو عند شراء أدواتها ، ولا يضر التأخير بمقدار السعي إلى الحاكم ونحوه مما لا ينافي الفورية، كما لا يضر التأخير لعذر كحبس أو مرض - واذا كان الزوج غائباً عن الولادة فحالة علمه كحالة ولادتها ، وله نفي الحمل قبل وضعه إذا تحقق ، ولو أمسك عن نفيه حتى وضعته جاز له نفيه بعد الوضع ، ولا يكون سكوته عنه وهو حمل مثبتاً لنسبه منه وبعد النفي يتلاعن الزوج مع المرأة لدى الحاكم متى توفرت شروط اللعان السابقة في الزوجين فإذا استجمعت الشروط وتلاعنا يفرق الحاكم بينهما، ويقطع نسب الولد من أبيه ويلحقه بأمه. وإن لم يتلاعنا، أو لم تتوفر فيهما أهلية اللعان فلا ينتفي نسب الولد . وكذا إذا كذب الزوج نفسه قبل اللعان ، أو في أثنائه، أما لو كذب نفسه بعد اللعان لحقه الولد فيما عليه لا فيما له فيرثه الولد ولا يرثه ولا من يتقرب به .

فإذا كان الزواج زواج متعة فلا يجري اللعان بين الزوجين لأن الشرط في إجراء اللعان عند الجعفرية أن يكون العقد دائماً .

وأما موقف القانون المصري من ذلك فالمادة الخامسة من القانون ١٩٢٩/٢٥، فتقضي بمنع القضاة من سماع دعوى النسب للولد في حالة الإنكار ، إذا ثبت عدم التلاقي بين الزوج وزوجته من حين العقد إلى الولادة، كما تقضي القانون بمنع القضاة أيضاً من سماع دعوى نسب الولد ، إذا أتت الزوجة بالولد بعد سنة من غيبة الزوج عنها .

وعلى هذا إذا ولدت المرأة التي لم يلتق بها زوجها من حيث العقد إلى الولادة ، فإن اعترف زوجها بالولد ثبت نسبه منه ، وإن أنكر الولد ورفعت الأمر إلى القضاء ، كان للمحكمة أن تسمع هذه الدعوى وتسير في إجراءاتها ، إلا إذا أقام الزوج الدليل على أنه تزوجها بالتوكيل أو المراسلة مثلا ، وأنه منذ تزوجها على هذا الوجه لم يحصل لقاء بينهما ، فحينئذ ترفض

دعوى الزوجه ، ولا يكون لها الحق في طلب إجراء الملاعنة بينها وبين زوجها ولا إقامة البينة على إثبات النسب ، ولا توجيه اليمين إلى الزوج عند عجزها عن الإثبات .

أمـا الزوجة التي عاشرها زوجها مدة ، ثم غاب عنها ، فإنها إذا ولدت بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، فيثبت نسب الولد إن اعترف الزوج به ، فإن أنكر نسبه رفعت المرأة الأمر إلى القضاء ، فإن أثبت الزوج أنه كان غائباً عنها ، طوال هذه المدة ، ولم يحصل لقاء بينهما رفضت المحكمة الدعوى ، وإن عجز الزوج عن إثبات ما ادعاه ، فالمحكمة تسمع الدعوى وتسير في إجراءاتها

وظاهر أن هذا القانون يسير جنباً إلى جنب مع مذهب الأئمة الثلاثة غير الحنفية ، فإنهم يشترطون إمكان التلاقي إمكاناً عادياً لا عقلياً ، لثبوت النسب بالعقد الصحيح ، وحيث ثبت عدم التلاقي بينهما أو كان غير ممكن عادة لا يثبت النسب به

ولكن هل تعرض القانون لأصل الموضوع فنص على ثبوت النسب أو عدم ثبوته ؟ لا إنه لم يتعرض لذلك ، وكان في الإمكان أن يقرر صراحة أنه لا يحكم بثبوت نسب الولد في الحالتين ، أما بالنسبة لمن غاب زوجها عنها سنة ، فيمكن أن يبنى الحكم فيه على رأي محمد بن الحكم المالكي المتقدم ، وبالنسبة للزوجة التي لم يحدث تلاقي بها من الزوج فيمكن أن يبنى الحكم فيه على رأي غير الحنفية ، ولعل المعنى الذي صرف القانون عن النص على عدم ثبوت النسب هو أنه لا يريد أن يوصد الباب أمام الزوج بل ترك له ثغرة ينفذ منها إذا ما أراد أن يدعى نسب الولد بعد ذلك . كما أن في صنيع القانون ما يبعد تهمة الزنى عن الأم

نسب ولد زواج المتعة :

زواج المتعة زواج إلى أجل معين ، وهو عند الشيعة كالزواج الدائم لا يتم

إلا بعقد صحيح ، دل على قصد الزواج صراحة ، وكل مقاربة تحصل بين رجل وامرأة من دون عقد ، فلا تكون متعة حتى مع التراضي والرغبة ، لكن متى تم العقد كان لازماً يجب الوفاء به .

ولا بد في عقد المتعة من ذكر المهر ، وهو كمهر الزوجة الدائمة ، ويسقط نصفه بهبة الأجل أو انقضائه قبل الدخول ، كما يسقط نصف مهر الزوجة الدائمة بالطلاق قبل الدخول – وعلى المتمتع بها أن تعتد بعد انقضاء الأجل كالمطلقة غير أنها تعتد بحيضتين ، أو خمسة وأربعين يوماً ، وعدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام كالزوجة الدائمة ، سواء حصل دخول أو لم يحصل .

وولد المتعة ولد شرعي ، له جميع ما للأولاد الشرعيين من غير استثناء لحق من الحقوق الشرعية والأخلاقية ، ولا ترث الزوجة المتمتع بها من تركة الزوج ، ولا تجب لها النفقة على الزوج ، لكن للزوجة المتمتع بها أن تشترط على الزوج ضمن العقد النفقة والميراث [١] .

النسب في الزواج الفاسد [٢] :

يأخذ النسب في الزواج الفاسد حكم النسب في الزواج الصحيح في حق

---

(١) راجع كتاب الجواهر . وكتاب الأحوال الشخصية للشيخ جواد مغنية ص ٨٣ .

(٢) قدمنا في قسم الزواج أن الزواج الفاسد هي الذي فقد شرطاً من شروط الصحة ، وأنه لا يترتب عليه أثر من آثار الزواج إلا بالدخول الحقيقي وأن من هذه الآثار ثبوت النسب .

ومن صور الزواج الفاسد : أن يغيب زوج المرأة عنها ، ثم يبلغها أنه طلقها أو توفي عنها ، فتتزوج بغيره بعد انتهاء عدتها منه ، ثم يظهر أن ما بلغها غير صحيح ، أو تدعي أنه طلقها أو مات فتتزوج ، ثم يظهر أيضاً عدم صحة دعواها ، بأن يجيء الزوج حياً دون ان يكون قد طلقها ، فما الحكم إن كانت رزقت بولد من الزوج الثاني ، هل يثبت نسبه منه ، او يثبت من الزوج الأول ؟

للفقهاء اقوال كثيرة منها : ان الأولاد يكونون للزوج الأول ، لأن عقد زواجه صحيح ، وعقد الثاني ظهر أنه فاسد ، لأنها لم تكن محلاً له ، وسواء في هذا أن تكون ولدته لأقل من ستة أشهر أو أكثر من حين العقد الثاني وهذا رأي أبي حنيفة وقال أبو يوسف أن الولد يكون للزوج الأول إن أتت المراة به لأقل من ستة اشهر من حين العقد الثاني ، لأنه حينئذ يكون من ←

ثبوت النسب ، إلا أنه لا يثبت بالزواج الفاسد إلا اذا دخل الرجل بالمرأة دخولاً حقيقاً ، فإن عقد رجل على امرأة عقداً فاسداً ، ولم يدخل بها لا يثبت نسب الولد الذي تأتي به المرأة من الزوج .

فإن دخل بهـا ثم جاءت بولد ، وكان الزوج ممن يتصور أن يكون منه الحمل ، وأتت بالولد بعد مضي ستة أشهر فأكثر ثبت نسب الولد من الزوج ، لأنه صاحب الفراش ، وإن أتت به لأقل منها ، لا يثبت النسب منه ، لأنه على وجه التأكيد حاصل من زوج سابق .

وقد اختلف الحنفية في احتساب المدة هل يكون من وقت العقد ، أو من وقت الدخول ؟ فأبو حنيفة وأبو يوسف يريان أنها تحتسب من وقت العقد قياساً على اعتبارها في الزواج الصحيح ، وقال محمد إنها تحتسب من وقت الدخول لا العقد ، لأن الزواج الصحيح يفترق عن الفاسد ، في أن الصحيح يحل به لكل من الزوجين التمتع بالآخر ، والفاسد لا يحل به للرجل التمتع بالمرأة ، ولا يحل للمرأة أن تمكن الزوج منها ، وكذلك الدخول الحقيقي شرط لثبوت النسب بالزواج الفاسد ، دون الزواج الصحيح، ومع هذا الفرق كان الزواج الصحيح سبباً لثبوت النسب لكونه مظنة لاتصال الرجل بالمرأة اتصالاً ينشأ عنه الولد عادة ، وليس الزواج الفاسد كذلك .

فلكل هذا لا يصح أن يقاس الزواج الفاسد على الزواج الصحيح، ويكون المعتبر في ثبوت النسب بالزواج الفاسد هو الدخول ، فيتعين أن يكون احتساب المدة التي يثبت فيها النسب من وقت الدخول ، لا من وقت العقد كما قال أبو حنيفة وأبو يوسف

— المؤكد انها حملت منه لا من الثاني، ويكون للثاني إن جاءت به لستة اشهر أو أكثر لاحتمال أن يكون منه ، ولأنه صاحب الفراش وإن كان فاسداً . وهذا ما عليه الفتوى . ويقال إن الامام رجع إلى القول به . راجع الدرر وابن عابدين ج ٢ ص ٦٤٨ .

فإذا جاءت المرأة بولد بعد ستة أشهر أو أكثر من وقت العقد ، أو من وقت الدخول على الخلاف السابق ثبت نسب الولد من الزوج ، ولا يتوقف على اعتراف من الزوج بنسبه أو أي شيء آخر ، حتى إنه لو نفاه لا ينتفي نسبه عنه ، لأن النسب متى ثبت لا ينتفي إلا باللعان ، واللعان لا يكون — عند الحنفية — إلا في الزواج الصحيح القائم حقيقة كالزوجة ، أو حكماً كالمعتدة من رجعي [1] . هذا قبل التفريق .

فإن حصل التفريق من القاضي أو بالتراضي بعد العقد الفاسد ، وكان ذلك بعد الدخول ثم جاءت المرأة بولد ، فإن جاءت به قبل مضي سنتين من وقت الفرقة أو التفريق ولستة أشهر فأكثر من حين الدخول ثبت نسبه من الزوج ، وإن أتت به لسنتين أو أكثر لا يثبت نسب الولد منه . هذا مذهب الحنفية .

وقال الأئمة الثلاثة بالتسوية بين العقد الصحيح والعقد الفاسد في ثبوت الفراش فيهما بمجرد العقد بشرط إمكان الدخول .

ومذهب الجعفرية : إذا ولدت المنكوحة نكاحاً فاسداً قبل المتاركة أو التفريق ، أو بعدهما وكانت ولادتها لتمام ستة أشهر فأكثر إلى أقصى مدة الحمل التي هي تسعة أشهر على المشهور من حين وقاعها لا من حين العقد (كمذهب محمد بن الحسن من الحنفية) ثبت نسب الولد من أبيه بلا دعوى وليس له نفيه ، فإن ولدت لدون ستة أشهر أو أكثر من تسعة أشهر فلا يثبت نسبه [2] .

وجرى القانون المصري على : أن المرأة إذا جاءت بالولد في خلال سنة شمسية أو أقل من وقت الفرقة ، أو التفريق ثبت نسبه من الزوج ، وإن جاءت به لأكثر من سنة واعترف الزوج به ثبت نسبه منه ، وإن أنكره

---

(١) الفتاوى الهندية ج ٤ ص ١٣٠ . الفتاوى الخانية ص ٣٥١ . حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٦٢ - ٢٦٣ . فتح القدير ج ٣ ص ٤٧٠ .

(٢) الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ٨٨ .

ورفعت المرأة دعوى تطالب فيها بثبوت نسب الولد من الزوج. فلا تسمع تلك الدعوى ، ولا يثبت نسبه منه إلا إذا ادعاه

نسب ولد الشبهة [1] :

قدمنا فيما سبق الاتصال الجنسي المبني على شبهة ، وأنه لا يكون زنى ولا ملحقاً بالزنى ، وصورته أن يتزوج الرجل امرأة ثم تزف إليه امرأة أخرى ، فيدخل بها على أنها زوجته ، ويتصل بها اتصالاً جنسياً ومنها أن تكون المرأة مطلقة ثلاثاً فيواقعها المطلق في أثناء العدة معتقداً أنها تحل له . فإذا أتت بولد بعد ان تبين أنها ليست زوجته ، فإن ولدته بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من وقت الاتصال ثبت نسبه منه ، لتأكد أن الحمل حدث بعد هذا الدخول ، وإن أتت به قبل مضي ستة أشهر لا يثبت النسب منه ، لتأكد أن الحمل حدث قبل هذا الاتصال ، لكنه إذا ادعاه الرجل ثبت نسبه منه لأنه التزمه ، وله وجه في هذا الالتزام فقد يكون قد اتصل بها قبل ذلك بناء على شبهة أخرى .

فإذا زالت الشبهة وترك الرجل المرأة ، ثم جاءت بولد ، فيكون حكم النسب حينذاك كالحكم فيما لو ولدت المرأة ولداً بعد الفرقة من زواج فاسد .

فإن كان الاتصال بالمرأة ليس قائماً على عقد صحيح ، أو عقد فاسد ، أو شبهة تمحو وصف الزنى عن الرجل ، فإن النسب لا يثبت ، فمن زنا بامرأة وجاءت بولد لا يثبت نسب الولد من الزاني ولو أتت به بعد مضي ستة أشهر من وقت الزنى ، لأن الشريعة أهدرت الزنا وأبطلت ما كان عليه أهل

---

(١) الشبهة أن يقارب الرجل امرأة تحرم عليه مع جهله بالتحريم . وهي على قسمين : شبهة عقد ، وشبهة فعل . فشبهة العقد أن يجري رجل عقد زواجه على امرأة ، ثم يتبين فساد العقد لسبب من الأسباب الموجبة للفساد وشبهة الفعل أن يقارب رجل امرأة من غير أن يكون بينهما عقد صحيح ولا فاسد . بل يقاربها غير منتبه إلى شيء أبداً ، أو اعتقد أنها تحل له ثم تبين العكس .

الجاهلية من اعتباره مثبتاً للنسب ، فقال عليه السلام « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ، ولأن النسب نعمة من نعم الله تعالى ، والزنى محظور شرعاً ، ولا يعقل أن تنال النعم بارتكاب المحظور .

ومذهب الجعفرية: أن النسب يثبت شرعاً بكل ما تتحقق به الشبهة ، ولو نفى المشتبه الولد لا ينتفى عنه ، بل يلزم به قهراً عنه . إذا كانت الشبهة في الحل أو في العقد مع الجهل بالتحريم ، إذ لا شبهة مع العلم به عندهم ، وانما يثبت النسب إذا جاءت بالولد لستة أشهر أو أكثر ، بحيث لا تزيد عن تسعة أشهر من حين الوطء، هذا بعد اعترافه بالوطء ، وكذلك الموطوءة بشبهة الفعل التي زفت إلى الواطيء وقيل له هي زوجتك ، ولم تكن كذلك[1] .

والزواج الباطل في حكم الزنى في عدم ثبوت نسب الولد، فإذا دخل الرجل بالمرأة بعد زواج باطل ، ثم جاءت بولد فإنه لا يثبت نسبه منه ، حتى ولو جاءت به بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من وقت الدخول .

وعند الجعفرية : إذا تزوج الزاني مزنيته الحامل من زناه ، فولدت لمضي ستة أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسب حملها إن علم أن الحمل سابق على التزويج، وإن شك في ذلك أو ظن أنها حامل قبل أن يتزوجها يثبت نسب الولد منه ، وليس له نفيه ، وإذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسبه إلا إذا ادعاه غير معترف أنه من الزنى ولم يعلم كذبه .

(١) راجع الأحكام الجعفرية للأحوال الشخصية ص ٨٨ ، والأحوال الشخصية للشيخ جواد مغنية ص ٨٠ فقد قال في ص ٨١ ومها يكن فان أصول التشريع عند السنة والشيعة ، تستدعي عدم جواز الحكم على إنسان تولد من ماء إنسان أنه ابن زنى ، متى أمكن حمله على أنه ابن شبهة ، فاذا توفر لدى القاضي تسع وتسعون حيثية للحكم بأنه ابن زنا ، وحيثية واحدة بأنه ابن شبهة ، وجب عليه الأخذ بهذه الحيثية الأخيرة ترجيحاً للحلال على الحرام ، وللصحيح على الفاسد لقوله تعالى « اجتنبوا كثيراً من الظن إن بعض الظن إثم ») . وثبت عن النبي بطريق السنة والشيعة « الحدود تدرأ بالشبهات ، دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » .

النسب بعد الفرقة .

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين، فلا يثبت النسب من الزوج إلا إذا جاءت المرأة بالولد في مدة مخصوصة ، وهذه المدة تختلف تبعاً لوجوب العدة على المرأة بعد الفرقة ، وعدم وجوبها ، وتبعاً لنوع الفرقة ، وتبعاً لتقدير أقصى مدة الحمل ، فهذه الأحوال تكون على الوجه الآتي .

١ — إذا كانت المرأة معتدة من طلاق رجعي .

فإما أن تكون قد أقرت بانقضاء العدة أولا ، فإن أقرت بانقضاء العدة ، وكانت المدة تحتمل انقضاءها — بأن كانت ستين يوماً على رأي أبي حنيفة وتسعة وثلاثين على قول صاحبيه — ثم جاءت بولد ، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، ثبت نسبه من المطلق ، لتيقن قيام الحمل وقت إقرارها ، فتكون كاذبة أو مخطئة في ادعاء انقضاء العدة .

وإن أتت به لستة أشهر أو أكثر فلا يثبت نسبه ، لجواز أن تكون حملت به بعد الإقرار بانقضاء العدة ، إلا إذا ادعاه المطلق فيثبت نسبه .

فإن لم تكن أقرت بانقضاء عدتها ، فإنه يثبت نسب ولدها مطلقاً — عند الحنفية — سواء ولدته قبل مضي سنتين من تاريخ الطلاق أو لسنتين أو أكثر، وهذا لأنها إذا جاءت به لأقل من سنتين ، اعتبرت حاملاً بالولد وقت قيام الزوجية في أول العدة، وإذا جاءت به بعد سنتين أو أكثر اعتبر الحمل مبتدئاً في العدة ، ويكون ذلك منه مراجعة ، ويحمل على أن زوجها واقعها بعد الطلاق فيثبت النسب على كل حال .

٢ — إذا كانت المرأة معتدة من طلاق بائن

فإن أقرت بانقضاء العدة ، والمدة تحتمله ثم جاءت بولد ، فلا يثبت نسبه من الزوج المطلّق ، إلا إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار

بانقضاء المدة ، وكانت المدة أقل من سنتين من وقت الطلاق ، لأنه يتيقن حينئذ أن الحمل لم يحدث بعد انقضاء المدة فيبطل إقرارها بانقضائها ، ويظهر كذبها في هذا الإقرار ، وحيث كانت الولادة لأقل من سنتين من وقت الطلاق ، كان احتمال حدوث الحمل قبله قائماً ، فيحكم بثبوت النسب احتياطاً.

أما إن ولدته بعد إقرارها بانقضاء المدة لستة أشهر أو أكثر من وقت الإقرار . لا يثبت النسب ، لاحتمال أن الحمل بالولد قد حدث بعد انقضاء المدة ، وقد تقوى هذا الاحتمال بإقرار المرأة بانقضاء عدتها ، وأيضاً لا يثبت النسب لو جاءت بالولد لسنتين أو أكثر من وقت الفرقة بالطلاق ، لأن ذلك يكون دليلاً على أنها حملت بالولد بعد الطلاق .

فإن لم تكن المرأة أقرت بانقضاء عدتها ، فعند الحنفية لا يثبت النسب منه إن جاءت به لأكثر من سنتين ، ويثبت إن جاءت به لسنتين أو لأقل من سنتين ، لأن مذهبهم أن أقصى مدة الحمل سنتان ، فإذا ولدت المرأة قبل مضي سنتين من وقت الطلاق كان احتمال أنها حملت به من الزوج قبل الطلاق قائماً فيثبت النسب ، فإن ولدته لأكثر من سنتين ينتفي هذا الاحتمال ويتيقن من حدوث الحمل بعد الفرقة فلا يثبت النسب، إلا إذا ادّعاه فيثبت، ويحمل على أنه خالطها بشبهة [١]

ومذهب الجعفرية :

أن المطلقة طلاقاً بائناً أو رجعياً يثبت نسب ولدها من زوجها إن ولدته لتسعة أشهر على المشهور وقيل لعشرة أشهر . وقيل لسنة من حين الوطء ، ولو نفاه لاعن . وإن ولدته لأكثر من ذلك انتفى بغير لعان ، ولا يجوز له إلحاقه به ولو ادعاه ألحق به إن لم يعلم كذبه [٢] .

---

(١) راجع بدائع الصنائع جـ ٣ ص ٢١٢ . وقارنه بما في الهداية والفتح جـ ٣ ص ٣٠٢ من أن النسب لا يلزمه إلا إذا جاءت به لأقل من سنتين ولكننا نرجح ما جاء في البدائع لأن أكثر مدة الحمل سنتين فينبغي إلحاقها بما هو أقل منها .

(٢) الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ٨٩ .

٣ - اذا كانت المرأة معتدة عن وفاة :

فإن جاءت بولد ولم تكن أقرت بانقضاء المدة ، ثبت نسب ولدها من الزوج المتوفي ، إذا جاءت به في أثناء سنتين بعد الوفاة . لأنه يحتمل أن يكون الحمل قد حدث قبل موت الزوج ، وإن ولدته بعد مضي سنتين أو أكثر فلا يثبت نسبه منه ، للتيقن من حدوث الحمل بعد الوفاة - أما إذا أقرت بانقضاء المدة ، وجاءت بولد فإنه يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، لتيقن قيام الحمل وقت الإقرار مع احتمال وجوده وقت الوفاة ، فيثبت نسبه احتياطاً ، وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت الاقرار فلا يثبت نسبه لاحتمال حدوثه بعد الوفاة . وحينئذ لا نعلم يقيناً بطلان إقرارها بانتهاء المدة فنأخذ بكلامها ، ولا يلزم نسب هذا الولد ، هذا مذهب الحنفية . أما الأئمة الثلاثة فلا يختلف الحكم عندهم فيما إذا أقرت المعتدة بانقضاء عدتها أو لم تقر، فما دام الولد قد ولد في حدود أقصى مدة الحمل من وقت الطلاق أو الموت فإنه لا يثبت نسبه ولا ينتفي عنه إلا باللعان [1] . أما الجعفرية فقالوا في المتوفي عنها زوجها إنها إذا جاءت به لتسعة أشهر من حين الوفاة يثبت نسبه ، ولا تسمع دعوى الورثة بعدم وطء الزوج لها قبل موته بمدة ، كما تسمع دعواهم بعدم دخول الزوج بها إذا كانت تدعي الدخول . وإن ولدت الولد لأكثر من تسعة أشهر فلا يثبت نسبه ولا تقبل دعوى الورثة إذا ادعوه .

وفي القضية التالية مثا يشير إلى ذلك ، فقد عرضت على محكمة الجمالية الشرعيه في ١٢ أكتوبر ١٩٢٧ قضية تتلخص في أن رجلا طلق زوجته طلاقاً بائناً في ١٤ من ذي الحجة ١٣٤٤ (٢٥ يونية ١٩٢٦) وتزوجت برجل آخر في ١٨ من صفر ١٣٤٥ (٢٦ أغسطس ١٩٢٦) ، ثم وضعت ولداً في ٢٠ من جمادي الآخرة ١٣٤٥ (٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦) أي قبل مضي ستة أشهر

---

(١) راجع نهاية المحتاج ج٧ص١١٧ - الحطاب الهامش ج٤ص١٣٥- الفروع ج٣ ص ٢٩٠

من الزواج الذي يعتبر إقراراً ضمنياً بانقضاء العدة ، فرفع الزوج الأول دعوى يطلب فيها ثبوت الولد منه، وعدم تعرض الأم والزوج الثاني له وتسليمه إياه، فقضت المحكمة بثبوت نسب الولد من المدعي .

وجاء في حيثيات هذا الحكم ما يأتي :

من حيث إن زواج المدعي عليها الأولى بالمدعي عليه الثاني بتاريخ ٢٦ أغسطس سنة ١٩٢٦ إقرار ضمني منها بانقضاء عدتها ، وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ الإقرار ، ولأقل من سنتين من تاريخ الطلاق البائن يثبت نسبه من المطلق ، وكانت مكذبة شرعاً في إقرارها بانقضاء عدتها — وقد استؤنف هذا الحكم ولكنه تأيد استئنافياً [١] .

٤ — إذا كانت المرأة مطلقة قبل الدخول أو الخلوة .

فإن جاءت بولد وكانت ولادته قبل مضي ستة أشهر من وقت الطلاق يلتحق نسبه بالزوج ، وإن كانت بعد مضي ستة أشهر وأكثر من وقت الطلاق لا يلتحق نسبه بالزوج ، وتعليل ذلك أن الطلاق قبل الدخول والخلوة يزول به الزواج من كل وجه ، فلا يثبت النسب إلا إذا وجد التيقن بحدوث الحمل قبل حصول الفرقة ، فإذا جاءت به قبل مضى أقل مدة الحمل من وقت الفرقة علم يقيناً بأنها حملت به قبل الفرقة ، فيثبت نسب الولد من الزوج ، ويحكم بدخوله بالزوجة ، ويجب لها جميع المهر .

وإذا جاءت به بعد مضى أقل مدة الحمل لم يكن هناك تيقن بحدوث الحمل قبل حصول الفرقة لمضي مدة تصلح لتكوين الولد بعد الفرقة ، فلا يثبت النسب من الزوج إلا إذا ادعاه ولم يقل إنه من الزنا لأنه بادعائه قد التزمه ، ويحمل على أنه اتصل بها بناء على شبهة .

---

(١) راجع مجلة المحاماة الشرعية المصرية السنة الثالثة العدد الخامس ص ٦٩ .

ما تقدم هو مذهب الحنفية الذي كان معمولاً به حتى صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الذي قضى بتحديد أقصى مدة الحمل بسنة شمسية (٣٦٥) .

أما هذا القانون فقد قضى بأنه لو وقعت الفرقة بين الزوجين، سواء كانت بالوفاة أو الرجعي أو البائن أو الفسخ ،ثم ولدت الزوجة ولداً بعد مضي سنة أو أقل من تاريخ الفرقة، ثبت نسب ولدها من الزوج ، وإذا ولدته بعد مضي أكثر من سنة لا يثبت نسبه من الزوج .

وإن من يطالع المادة الخامسة عشرة من هذا القانون يتضح له أن المادة لم تتعرض لنفي النسب إذا أتت المرأة بالولد بعد الفرقة لأكثر من سنة ، مكتفية بالمنع من سماع الدعوى في حالة الإنكار ، فقالت (لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها ، إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة) .

فمقتضى هذه المادة : أن المرأة إذا وضعت ولداً بعد حصول الفرقة بينها وبين الزوج . فإن كانت المدة بين الفرقة والزوج أكثر من ٣٦٥ يوماً ، ولم ينكر الزوج الولد ثبت نسبه منه ،وإن أنكره ورفعت الزوجة دعوى لإثبات نسب الولد منه ، لا تسمع هذه الدعوى وإن كانت المدة بين الفرقة والوضع ٣٦٥ يوماً فأقل ، ثبت نسب الولد من الزوج، لأن الحمل يعتبر حاصلاً في أثناء الزوجية ، بناء على أن هذه المدة هي أقصى مدة الحمل قانوناً .

وإذا أقرت المرأة بانقضاء عدتها ، وكانت المدة تحتمل انقضاءها،ثم جاءت بولد ثبت نسبه من الزوج إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، وفي خلال سنة أو أقل من تاريخ الفرقة ، لأن ولادته كذلك تدل على أنه كان موجوداً وقت الإقرار بانقضاء العدة فلا يصح إقرارها ، ويثبت نسب الولد من الزوج لحصول الحمل به قبل وقوع الفرقة بينه وبين زوجته .

أما إذا ولدته لستة أشهر فأكثر من وقت الإقرار فلا يثبت نسبه من الزوج ، ولو كانت المدة بين الولادة والفرقة أقل من سنة ، لأنها مدة كافية لحدوث الحمل بعد الإقرار ، فلا تكذب المرأة في إقرارها بأن عدتها انقضت، ويحمل على أنها حملت من غيره

وإن من يتأمل مسلك القانون يجده مبنياً على ما قرره الفقهاء من تحديد أقل مدة الحمل بستة أشهر ، وما قرره الطب الشرعي من تحديد أقصى مدة الحمل بسنة شمسية (٣٦٥ يوماً) .

وبناء على ذلك يثبت قانونا نسب ولد الزوجة في أي وقت أتت به ، مهما تباعد الزوجان. فيثبت نسب ولد المشرقية التي هي زوجة لمغربي بمقتضى عقد زواج ، مع إقامة كل منهما في جهته ، دون أن يجتمعا من وقت العقد إلى وقت الولادة اجتماعاً تصح معه الخلوة وذلك بناء على مجرد جواز الاجتماع بينهما عقلاً .

كذلك يثبت نسب ولد المطلقة بائناً إذا أتت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق أو الوفاة . ويثبت نسب ولد المطلقة رجعياً في أي وقت أتت به من وقت الطلاق ، ما لم تقر بانقضاء العدة .

والعمل بهذا مع شيوع فساد الذمم وسوء الأخلاق ، أدى إلى ادعاء نسب أولاد غير شرعيين وتقدمت بذلك شكاوى عديدة ، ولما كان رأي الفقهاء في ثبوت النسب مبنياً على رأيهم في أقصى مدة الحمل، وليس في أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة، لم تر الوزارة مانعاً من أخذ رأي الأطباء في المدة التي يمكثها الحمل فأفاد الطبيب الشرعي بأنه يرى أنه عند التشريع يعتبر أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوماً حتى يشمل جميع الأحوال النادرة .

طرق ثبوت النسب

يثبت النسب بأحد هذه الأمور الثلاثة :

١ - الزواج الصحيح « الفراش الصحيح » وما يلحق به

٢ - الإقرار بالنسب أو دعوة الولد .

٣ - البينة .

ونفصل الكلام عن كل وسيلة من الوسائل السابقة .

١ - الزواج « الفراش »

وهو كون المرأة متعينة للولادة لشخص واحد ، وهو في الزواج الصحيح كون الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة وقت ابتداء الحمل ، هذا هو الفراش الصحيح ، ويلحق به فراش الزواج الفاسد إلا أنه لا يتحقق الفراش فيه إلا بعد الدخول الحقيقي ، لا بنفس العقد الفاسد . فمن تزوج امرأة بغير شهود ودخل بها أو خالط امرأة بشبهة كان الفراش ملحقاً بالفراش الصحيح ، فيثبت نسب الولد الذي تأتي به المرأة متى توافرت الشروط المعتبرة في ثبوت النسب بالفراش الصحيح ، فإن مجرد الزوجية الصحيحة لا يكفي لثبوت نسب الولد ، بل لا بد من اشتراط أن تكون هذه الزوجية يتصور عادة أن يكون الولد منها . ولذلك لا يثبت النسب إذا كان الزوج صغيراً ، لا يتصور أن تحمل زوجته منه ، بل لا بد أن يكون بالغاً أو مراهقاً على الأقل .

وعلى هذا متى ثبت الزواج سواء كان زواجاً صحيحاً أو فاسداً بأي وسيلة من ثبوت الإثبات المقررة شرعاً كشهادة أو إقرار أو نكول عن اليمين – عند من يراه حجة في تلك الحالة – يثبت نسب كل ما تأتي بـه المرأة من أولاد إذا توافرت الشروط السابقة لثبوت النسب .

وفي الزواج العرفي الذي لم يثبت في وثيقة رسمية ، والذي منع القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ في حالة الإنكار سماع دعوى الزوجية أو الإقرار به ، تفيد المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ، أن الزواج غير المثبت في وثيقة زواج رسمية ، وكان مستوفياً الأركان والشروط المعتبرة لصحته شرعاً ، إذا أنكر الزوج نسب الولد، كان للزوجة أن ترفع الأمر للقضاء ، وتطلب الحكم بثبوت نسب الولد من زوجها، وللمحكمة أن تقبل منها إثبات الزوجية بكافة وسائل الاثبات المقررة شرعاً ، من غير احتياج إلى وثيقة زواج رسمية، ومتى أثبتتها قضت المحكمة بثبوت النسب ، ولكنها لا تحكم بثبوت الزوجية ، ولا بأي حق آخر غير النسب .

واقرأ معي نص ما جاء في المذكرة فيما يتعلق بهذا : « وظاهر أن هذا المنع (أي منع سماع دعوى الزوجية) لا تأثير له شرعاً في دعاوى النسب، بل هي باقية على حكمها المقرر ، كما كانت باقية عليه رغماً من التعديل الخاص بدعوى الزوجية في المادة (١٠١) من اللائحة التنفيذية » .

٢ – الاقرار بالنسب أو دعوته

هو الوسيلة الثانية لثبوت النسب . ويسمى «الدعوة» – والمقرر في الفقه أن الاقرار حجة قاصرة على المقر فلا تتعداه إلى غيره ، إلا إذا صدقه ذلك الغير ، أو قامت البينة على صحة الاقرار .

ومن الأصول المقررة أيضاً، أنه إذا ثبتت الأبوة أو البنوة، تثبت الصلات

النسبية المختلفة الأخرى ، فمثلا إذا ثبتت بنوة شخص لشخص آخر ، ثبت تبعاً لذلك جميع الصلات النسبية الأخرى ، من أخوة وعمومة وغيرها .

ويتنوع الإقرار بالنسب إلى نوعين ، لأنه قد يكون إقراراً بأصل النسب وهو الأبوة أو البنوة أو الأمومة المباشرة ، كما إذا أقر شخص بأن هذا الولد ابنه ، أو أن فلانا أبوه، أو أن هذه المرأة أمه .

وقد يكون إقراراً بما يتفرع على أصل النسب كالعمومة والأخوة وغيرهما. وهذا مثل إقرار إنسان أن فلانا أخوه. فإنه يقتضي أن يكون المقر له (بفتح القاف) ابناً لوالد المقر أولاً ، إذا صح الاقرار ثم ينتج عنه أن يكون المقر له (بفتح القاف) أخاً المقر (بفتح القاف) ولسائر إخوته .

النوع الأول :

وهو الاقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على غير المقر. أي أنه لا يتوقف ثبوت النسب فيه من المقر على ثبوته من غيره كالاقرار بالبنوة وبالأبوة وبالأمومة ، فهذا النوع يثبت النسب به من غير احتياج إلى بيان السبب من زواج أو اتصال بشبهة ، لأن الانسان له ولاية على نفسه فيثبت بإقراره النسب متى توافرت الشروط المعتبرة لصحته .

فمن أقر بأن هذا الولد ابنه ثبت نسب الولد منه ، وكان له جميع الحقوق التي تثبت للأبناء ، من إرث ونفقة وغيرهما إذا توفرت الشروط الآتية ، كما يستتبع ذلك أن أولاد المقر يكونون أخوة لهذا الولد ـ وأن أب المقر يكون جداً له ، وأن أخوات المقر وإخوانه عمات وأعمام له .

شروط ثبوت النسب بهذا النوع من الاقرار · يشترط لصحة الإقرار بذلك .

١ أن يكون من الممكن أن يولد مثل هذا الولد لمثل المقر ، فلو كان

عمر المقر ثلاثين سنة مثلاً، عمر المقَر له مثل ذلك ، أو أكثر، أو أقل بقدر يسير ، كان كذب الإقرار ظاهراً فلا يثبت النسب .

٢ – أن يكون الولد مجهول النسب « لا يعرف له أب » . فإن كان له أب معروف لا يثبت نسبه من المقر ، لأن النسب إذا تأكد ثبوته من شخص لا يقبل الإبطال، وفي حكم ذلك ما لو كان للمقر ببنوته أب معروف، ولكن انتفى نسبه عنه باللعان ، وهذا لأن الملاعن يجوز أن يرجع ويكذب نفسه بعد نفي الولد ، ومن ثم يثبت نسب الولد منه .

٣ – أن يصادق المقَر له المقِر على إقراره إن كان مميزاً ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ، فلا تتعداه إلى غيره إلا ببينة أو تصديق ، فإن كان المقر له طفلا غير مميز ثبت نسبه بالإقرار من غير حاجة إلى تصديق لأنه ليس أهلا للتصديق، وفي ثبوت نسبه من المقر مصلحة له فلا يتوقف على التصديق[1] ثم إذا أنكر هذا النسب بعد أن كبر لا يسمع منه ، لأن النسب متى ثبت لا يقبل الإبطال من الأب أو الابن .

٤ – ألا يصرح المقر بأن الولد ابنه من الزنا ، فإن صرح في إقراره بأنه من زنى لا يثبت النسب من المقر ، لأن الزنا لا يصلح سبباً للنسب ، لكون النسب نعمة وهي لا تنال بالمحظور وفعل الجريمة

وبناء على ما سبق إذا أقر شخص بأن فلاناً أبوه . وكان المقر مجهول الأب في البلد الذي يكون ، وكان ممن يولد مثله لمثل ذلك الشخص ، وصدقه المقر له في إقراره ثبتت أبوته له .

وأيضاً إذا أقرت امرأة بأن هذا الولد ابنها ، فإن لم تكن تلك المرأة ذات زوج ، أو معتدة من زواج صحيح أو فاسد، ثبت نسب الولد بإقرارها منها إذا لم تكن له أم معروفة ، وكان ممن يولد مثله لمثلها ، وصدق الولد في

---

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٢٨ .

إقرارها ان كان مميزاً ، لأن إقرارها هذا إلزام لنفسها دون غيرها ، والمرأة أهل للالتزام بالنسب كالرجل فينفذ عليها، ولا يمنع من أمومتها له أن تقر بأنه ابنها من غير زواج شرعي، لأن ولد الزنى يثبت نسبه من أمه بطبيعة الحال. بخلاف ما لو أقر الرجل أنه ابنه من الزنى فإنه لا يثبت نسب الولد بإقراره لما قدمنا أن نعمة النسب لا تنال بهذا الطريق المحرم ، فإن كانت المرأة المقرة بالأمومة ذات زوج أو في عدة زواج ، وجب لثبوت نسبه من زوجها أو مطلقها أن يصادقها على إقرارها ، أو أن تثبت أن هذا الولد قد ولد على فراش الزوجية ، وحينئذ يثبت نسبه منهما .

ومذهب الجعفرية :

إذا أقر الرجل ببنوة غلام غير بالغ مجهول النسب ، وكان في السن بحيث يولد مثله لمثله وصدقه الغلام إن كان مميزاً يعبر عن نفسه ، أو لم يصدقه يثبت نسبه منه ، ولو أقر ببنوته في مرضه - وإذا كان بالغاً فيعتبر تصديقه له في ثبوت نسبه وتلزمه نفقته وتربيته ويشارك غيره من ورثة المقر ولو جحدوا نسبه ، ويرث أيضاً من أبي المقر وسائر أنسبائه وإن جحدوه .

وإذا أقرت المرأة بالأمومة لصبي غير بالغ يولد مثله لمثلها وصدقها إن مميزاً أو لم يصدقها صح إقرارها عليها، ويرث منها الصبي ، وترث منه . فإن كانت متزوجة أو معتدة لزوج فلا يقبل إقرارها بالولد في حق زوجها إلا أن يصدقها الزوج

وإذا أقر ولد مجهول النسب ذكراً كان أو أنثى بالأبوة لرجل ، أو بالأمومة لامرأة ، وكان يولد مثله لمثل المقر له، وصدقه ، فقد ثبتت أبوتها له، ويكون عليه ما للأبوين من الحقوق ، وله عليهما ما للأبناء [١] .

هذا وثبوت النسب بواسطة الاقرار إذا توافرت فيه شروطه هو أمر

---

(١) راجع الأحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية لعبد الكريم الحلي ص ٩٠ ، ٩١ .

آخر غير التبني المعروف في البلاد الغربية، وغير التبني الذي يدعو إليه البعض في هذا العصر تفريجاً لأزمة اللقطاء كما يدعون .

النوع الثاني :

الإقرار الذي فيه تحميل النسب على غير المقر، وهو الإقرار بما يتفرع عن أصل النسب . ومثاله أن يقر شخص بأخوة فلان ، أو عمومته ، أو أنه جده ، أو ابن ابنه ، وواضح أن هذا الإقرار فيه تحميل النسب على غير المقر أولاً ، ثم يسري منه تحميل النسب على المقر، ومعناه أنه إذا أقر شخص أن فلاناً أخوه ، اقتضى ذلك الإقرار في أول أمره أن المقر له ابن لأب المقر . واقتضى ذلك أن المقر له أخ للمقر .

وهذا النوع من الإقرار لا يثبت النسب به إلا إذا تحقق أحد أمرين : البينة، أو تصديق المقر عليه إن كان حياً ، أو اثنين من الورثة إن كان ميتاً.

فإن لم يتحقق واحد منهما، لا يثبت النسب بهذا الإقرار،لأن هذا الإقرار يقتضي تحميل النسب على غير المقر ، والإقرار حجة قاصرة على المقر ، لولايته على نفسه دون غيره ، فلا يثبت في حق غيره ، إلا إذا صدقه ذلك الغير أو قامت البينة على صحة الاقرار ، لكن يعامل المقر بمقتضى إقراره في حق نفسه ، بحيث لا يكون لهذه المعاملة أثر في حق غيره ، فيطالب بالحقوق المالية بمقتضى إقراره .

فمثلا إذا أقر شخص بأن فلاناً أخوه ،وكان المقر موسراً ، والمقر له فقيراً عاجزاً عن الكسب ، فرضت عليه نفقة الأخ على أخيه .

وأيضاً إذا مات أب المقر بالأخوة ، وترك أولاداً منهم هذا المقر ، ولم يصدقه واحد منهم في إقراره ، فإن المُقَر له لا يرث من تركة هذا الأب ، ولو ورث المقِر شيئاً من تركة أبيه ، يشاركه المقَر له فيما ورثه ، معاملة له

بمقتضى إقراره . وإذا مات المقر بالأخوة ، ولم يترك أحداً من الورثة استحق المقر له في تركة المقر بغير جهة الإرث، على ما اختاره قانون المواريث رقم ٧٧ سنة ١٩٤٤ متى تحققت الشروط الآتية :

١ - أن يكون المقر له مجهول النسب .

٢ - ألا يثبت نسب المقر له من الغير الذي نسبه إليه المقر ، بأي طريق من طرق الإثبات الشرعية .

٣ - أن يصادق المقر له المقر على إقراره فلو كذبه لم يصح الإقرار .

٤ - أن يموت المقر مصراً على إقراره ، إذ لو رجع عن إقراره صح رجوعه ، وبطل إقراره - ولو صدقه المقر له في إقراره - لأن هذا الإقرار في الواقع ونفس الأمر وصية بصيغة الإقرار بالنسب ، ويصح للموصي أن يرجع عن وصيته قبل وفاته .

٥ - أن يكون المقر له ممن يولد مثله لمثل من نسبه إليه المقر ، فإن لم يكن كذلك لم يصح الإقرار لأن الواقع يخالف إقراره .

٦ - ألا يوجد مانع من موانع الإرث، فإذا قتل المقر له المقر عمداً عدواناً فلا يرث منه[1] .

ومذهب الجعفرية : أن من مات أبوه فأقر بأخ مجهول النسب ، لا يقبل إقراره ، إلا في حق نفسه ، فلا يسري على بقية الورثة الذين لم يصدقوه ، ويشارك المقر في نصيبه ، ويأخذ نصفه في قول ، والصحيح أنه يأخذ من حصة المقر ما زاد عن حصته بمقتضى إقراره ، فلو كان للميت ولدان ، وأقر أحدهما بثالث ، وأنكر الآخر ، ، أخذ المنكر النصف ، والمقر الثلث والمقر له السدس ، نعم لو لم يكن له ولد سوى المقر اخذ المقر له النصف[2] .

---

(١) راجع بدائع الصنائع ج ٣ ص ٢١٧ ، ٢١٨ والمغني لابن قدامه ج ٥ ص ١٨٣ .
(٢) الأحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية ص ٩١ .

التبني

يختلف التبني عن الإقرار بالبنوة ، لأن الإقرار اعتراف بنسبة حقيقية لشخص مجهول ، لأن من يقر بمجهول النسب أنه ابنه، فهو معترف ببنوة هذا الولد بنوة حقيقية ، وأنه خلق من مائه سواء أكان صادقاً في الواقع أم كاذباً فتثبت لهذا الولد شرعاً جميع أحكام البنوة ، وإن كان كاذباً في الواقع فعليه إثم كذبه وادعائه .

وأيضاً الإقرار ليس من الأسباب المنشئة للنسب ، وإنما هو طريق لإثباته وظهوره ، والسبب الحقيقي هو الولادة بالنسبة للمرأة ، والاتصال الجنسي بناء على عقد صحيح أو فاسد أو شبهة بالنسبة للرجل ، وكذلك الإقرار إذا توفرت شروطه يترتب عليه ثبوت النسب من المقر ، وكان المقر له جميع الحقوق التي تترتب على ثبوت النسب من نفقة وإرث

وأما التبني فليس كذلك لأنه استلحاق شخص معروف النسب إلى أب ، أو استلحاق مجهول النسب مع التصريح بأنه يتخذ ولداً وليس بولد حقيقي ، وأيضاً التبني تصرف قانوني منشيء لنسب يختلف في أحكامه عن النسب الحقيقي ، فالتبني لا يثبت بنوة حقيقية كالبنوة التي تترتب على الاقرار بالنسب ، إنما يثبت بنوة ثابتة بحكم القانون ، تترتب عليها أحكام تختلف عن أحكام البنوة الحقيقية ، كما أن البنوة التي تثبت بالتبني تتحقق ولو كان المتبنى له أب معروف ، أما البنوة التي تثبت بالإقرار فلا تتحقق إلا إذا لم يكن للولد أب معروف .

وإن من يرجع قليلاً إلى ما كان عليه التبني في الجاهلية ، ويقارن بينها

وبين حكم الاسلام فيه ، يتضح له أن الرجل في الجاهلية كان إذا أعجبه من رجل آخر جلداً ، أو ظرفاً ، فإنه يضمه إلى نفسه ، ويجعل له نصيباً في الميراث يساوي نصيب أولاده الصلبيين ، ليس هذا فحسب بل كان ينسب إلى المتبنى فيقال فلان ابن فلان .

وقد وقع فعلاً التبني من رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يبعث رسولا ، ويشرفه ربه بالرسالة ، فقد ثبت أنه تبنى زيد بن حارثه ، وكان يدعى زيد بن محمد [1] ، وما زال كذلك حتى نزل قوله تعالى « وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله » الآيتان من سورة الأحزاب (٤، ٥). وبهذا التشريع المحكم كان حكم الاسلام مبطلاً لنظام التبني، صيانة لحقوق الأولاد، ومحافظة عليهم من الضياع ، وابتعاداً بالناس من تزييف الحقائق ، ولم يقتصر الإسلام على تحريم التبني، بل فتح للناس أبواب الإحسان، وطرق الحماية للضعفاء، ليحفظ لكل ذي حق حقه ، فلا يغتاله غيره ، إنه رغب الإنسان وأطلق حريته في أن يربى ، وأن يرعى وينشئ من شاء من أبناء غيره ، متى كان قادراً على ذلك ، وعنده الاستعداد الكافي ، من غير أن يثبت أو يرتب على هذا الإيواء والضم شيئاً من حقوق الأولاد النسبيين والأقارب .

وقد قال الجعفرية : إن الداعي (المتبنّى) ليس ابناً حقيقياً . فمن تبنى ولداً معروف النسب ، فلا تلزمه نفقته ، ولا أجرة حضانته ، ولا تحرم عليه مطلقته ، ويتصاهران ولا يتوارثان .

أما التبني الذي يقره القانون الفرنسي مثلاً فهو عقد ينشىء بين شخصين

---

(١) يذكر المفسرون سبب هذا التبني أن زيد بن حارثة سبى في الجاهلية ، فاشتراه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وبعد الاسلام جاء حارثة الى مكة ، وطلب من الرسول أن يبيعه زيداً أو يعتقه، فقال الرسول هو حر ، فليذهب حيث شاء فأبى زيد أن يفارق رسول الله . فغضب أبوه حارثة ، وقال : يا معشر قريش اشهدوا ان زيداً ليس ابني . فقال الرسول : اشهدوا أن زيداً ابني (مجمع البيان في تفسير القرآن) .

علاقات صورية ومدنية محضة لأبوة وبنوة مفترضة ، ولذلك يكون فيمن له أبوان معروفان ، فهو يماثل ما كان عند العرب في الجاهلية وقضى عليه الاسلام [1] .

وأما الطفل اللقيط فقد عنى الاسلام والفقه الاسلامي بتحديد مركزه وبيان أحكامه ، ومن هذه الأحكام أنه إذا ادعاه واحد من الناس ثبت نسبه منه ، لأن ذلك في مصلحته ، وليس معنى هذا أن يثبت نسب اللقيط من كل من يدعي بنوته . بل لا بد من توافر الشروط التي قدمنا بيانها في ادعاء البنوة .

٣ البينة

هي الطريق الثالث لثبوت النسب ، والفرق بينها وبين الإقرار أنها حجة متعدية ، غير قاصر حكمها الثابت بها على المدعى عليه ، بل يثبت في حقه وحق غيره - أما الإقرار فهو كما قدمنا حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره ، إلا بإثبات جديد ، ومن هنا كان المحكوم له بدين على آخر بمقتضى إقرار المدعي عليه (المدين) يقتصر هذا الحكم على المدين وحده ، ولا يثبت في حق سائر الورثة ، أما الدين المقضي به بناء على بينة أقيمت على بعض الورثة ، بأن للمدعي على مورثهم دينا ، يكون حكماً متعدياً إلى سائر الورثة ، وليس لهم أن يكلفوا المدعي إقامة البينة في حضورهم .

والبينة المثبتة للنسب ، هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، فإذا ادعى شخص أن فلاناً ابناً له أو أباً او أخاً أو عماً ، فأنكر المدعى عليه تلك الدعوى ، فأقام المدعي البينة على دعواه ، قبلت هذه الدعوى ، وثبت النسب إذا توافرت الشروط المعتبرة لصحة هذه الدعوى .

---

(١) راجع مرجع القضاء في تشريعات الأحوال الشخصية للاجانب ، للاستاذين حسن الأشموني ، ومحمد عبد الكريم ص ٢١٨ وما بعدها وراجع الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ٩١ .

إلا أنه إذا كانت الدعوى بأصل النسب ، وهو الأبوة أو البنوة في حالة حياة الأب أو الابن سمعت الدعوى ، سواء كانت الدعوى مجردة من أي حق آخر أم كانت في ضمن دعوى حق آخر كالنفقة أو الإرث ، وإن كانت بعد الوفاة فإن الدعوى لا تسمع إلا إذا كانت في ضمن حق آخر ، لأن المدعى عليه إذا كان ميتاً كان في حكم الغائب ، والغائب لا يصح القضاء عليه قصداً ويصح تبعاً .

وإذا كانت الدعوى بما يتفرع على أصل النسب ، كالأخوة والعمومة ، فلا تسمع إلا إذا كانت في ضمن دعوى حق آخر سواء كانت الدعوى في حالة حياة من يدعي ثبوت النسب منه ، أو كانت بعد وفاته ، لأن النسب في هذه الحالة لا يثبت من المدعي إلا إذا ثبت أولاً من الأب ، إن كانت الدعوى بالأخوة ، وإلا ثبت أولاً من الجد إن كانت الدعوى بالعمومة ، ومن ثم لا يكون النسب هو المقصود أولاً وبالذات للمدعي ، بل المقصود ما يترتب عليه من الحقوق كالنفقة والإرث .

وعلى هذا فإذا ادعى النسب دعوى مجردة من حق آخر ، كانت دعوى بحق غير مقصود للمدعي فلا تقبل .

وإن ادعى النسب في ضمن دعوى حق آخر لا يثبت إلا إذا ثبت النسب ، كانت دعوى حق مقصود للمدعي فتقبل ، فإذا أقام البينة قضى له بالحق الذي يدعيه ، وثبت النسب ضمناً وتبعاً [1] .

هذا وقد استثنى الحنفية الشهادة على النسب والزواج والدخول بالزوجة من الأصل المقرر في الشهادة ، وهو أنه لا بد من أن تكون الشهادة عند معاينة المشهود أو سماعه ، كما ينطق بذلك حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع » أي اترك الشهادة ، فقالوا يجوز على

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٥١ . شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ١٢٧ ، وبدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٥٤ .

سبيل الاستحسان الشهادة على النسب ، وإن لم ير الشاهد ما يشهد به أو لم يسمعه بنفسه ، متى أخبره من يثق به .

وحجة الحنفية على الاستحسان : أن هذه الأمور مما لا يطلع على أسبابها إلا الخواص من الناس وقد يتعلق بها أحكام تبقى على مدى الزمان كالإرث والنسب ، فإذا لم تجز فيها الشهادة بالتسامع ادى ذلك الى الحرج وتعطيل الأحكام(١) .

لكنهم اشترطوا لقبول الشهادة بالتسامع ، أن يشهد بالنسب أمام القاضي من غير أن يذكر أنه يشهد بناء على التسامع بين الناس ،فإن صرح أمام القاضي بذلك لا تقبل شهادته على القول الصحيح في المذهب ، لأن القاضي إذا كان لا يجوز له أن يحكم بالسماع ولو تواتر عنده ، فلا يجوز له أن يقضي بسماع غيره بالطريق الأولى وفي بعض كتب الحنفية أن التسامع الذي ترد به الشهادة أن يقول الشاهدان أنهما لم يعاينا ، ولكنهما سمعا من الناس ، أما إذا قالا : أنهما لم يعاينا ولكن اشتهر عندنا ، أو أخبرنا من نثق به قبلت شهادتهما ، واختار هذا بعض الفقهاء .

واختلفوا في تفسير التسامع الذي تجوز الشهادة بالنسب بناء عليه ، فقال أبو حنيفة هو أن يشتهر ذلك النسب ، ويستفيض وتتابع الأخبار به ، حتى يقع في قلبه تصديق ذلك ، لأن الثابت بالتواتر ، والثابت بالبصر أو السمع سواء ، فكانت الشهادة بالتسامع شهادة عن معاينة ، فعلى هذا لو أخبره بالنسب رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة به .

وقال الصاحبان: هو أن يخبره رجلان عدلان ،أو رجل وامرأتان أن فلاناً ابن فلان مثلاً ، واختار قولهما بعض الفقهاء استدلالاً بحكم القاضي وشهادته ، فإنه يحكم بشهادة الشاهدين الذين يشهدان ، ولو لم ير المشهود به أو يسمعه

(١) الهداية جـ ٣ ص ٩٦ . وفتح القدير جـ٦ ص ٢١

بنفسه ، وإذا عزل كان له أن يشهد بذلك بعد العزل فكذلك هذا [١] .

هذا : والبينة أقوى حجة وسبيل لاثبات النسب ، فالثابت بها من الأنساب أقوى من الثابت بالإقرار او الدعوة ، لأن البينة أقوى الأدلة ، وعلى هذا كان الرجل الذي يدعى نسب آخر ويقيم بينة على دعواه أحق من الذي يقر بنسبه ، لأن النسب وإن ظهر بالإقرار لكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة ، لأنها أقوى منه [٢] .

ومذهب الجعفرية : أن الأبوة والأخوة وغيرهما من أنواع القرابة تثبت بشهادة رجلين عدلين كما تثبت بالاستفاضة . لكن لا يثبت بشهادة رجل وامرأتين عدول .

وكذلك قالوا يمكن إثبات دعوى الأبوة والبنوة مقصودة بدون أن تكون في ضمن دعوى حق آخر معها سواء كان الأب او الابن المدعى عليه حياً حاضراً أو غائبه أم كان ميتاً ، وأيضاً ذهبوا إلى أن دعوى الأخوة والعمومة تثبت بالبينة وإن لم تكن في ضمن دعوى حق على الوارث أو الوصي أو غيرهما ، لأن هذه الدعوى تتضمن دعوى لوازمها فلا تكون عبثاً ، وحيث لم يكن للمدعى خصم فلا يجب على الحاكم سماعها ، لكنه لو سمعها ترتبت الآثار .

فرع :

إذا كان صبي بين رجل مسلم وآخر نصراني . فادعى الأول أنه عبده ، على حين ادعى الثاني أنه ابنه وأقام كل منهما البينة على دعواه – يقضى به للنصراني ويكون حراً ، لأنه بذلك ينال فوراً شرف الحرية التي ليس في وسعه اكتسابها بنفسه ، ثم يصل فيما بعد إلى الاسلام بعقله ، حين تظهر له الأدلة على أنه خاتم الأديان السماوية ، لكن لو ادعى كل منهما أنه ابن له ، كان الحكم به للمسلم أولى ، نظراً لصالح الولد نفسه .

(١) فتح القدير حـ ٦ ص ٢٠ - ٢١ - البدائع حـ ٦ ص ٢٦٦ .
(٢) البدائع حـ ٦ ص ٢٥٤ .

نسب اللقطاء :

اللقيط مولود طرحه أهله بعد ولادته خوفاً من الفقر ، أو فراراً من تهمة الزنى ، أو لغير ذلك . والتقاطه فرض عين على من يجده ، إذا كان في مكان يغلب على الظن هلاكه إن ترك فيه ، وإنما يكون التقاطه مندوباً إن وجد في مكان لا يغلب على الظن هلاكه [١] .

واللقيط يثبت نسبه ممن يدعيه ، بمجرد ادعائه ، من غير توقف الدعوة على بينة استحساناً ، لأنه غير معروف النسب ، فمن الخير له أن يثبت نسبه ممن يدعيه .

ولو تنازع في نسبه اثنان كل يدعي بنوته ، فإن أتى أحدهما بالبينة على دعواه ، ثبت نسب اللقيط منه ، ورفضت دعوى الآخر ، وإن لم يأت واحد منهما بالبينة ، قدم الملتقط إذا كان أحد طرفي النزاع ، فإن كان كل منهما قد قام بالتقاطه ، أو لم يكن أحد المدعين قد التقطه ، قدم من يذكر فيه علامة مميزة ، فإن استويا من جميع الوجوه لم تسقط دعوى النسب ، وإنما يثبت نسبه من كل منهما خوفاً على الولد من الضياع ، وحرصاً على صيانته وحفظه .

والنسب وإن كان لا يمكن الاشتراك فيه ، لأنه لا يتصور أن يكون الولد من رجلين ، كما لا يتصور أن يكون الولد مولوداً من امرأتين ، إلا أنه يمكن الاشتراك فيما يترتب عليه من الأحكام ، كالإرث والنفقة ، ولهذا كان المقرر في الفقه الحنفي أن اللقيط إذا ادعاه رجلان ولم تترجح دعوى

---

(١) عرفه الجعفرية بأنه المولود الضايع الذي لا كافل له ولا يقدر على دفع المهلكات عن نفسه، فلا يختص بمن نبذه أهله خوفاً من العيلة أو الفقر ، أو فراراً من تهمة الريبة . وقالوا إنه يستحق الشفقة عليه من أبناء جنسه ، ويأثم مضيعه ، ويغنم محرزه إحياء نفس ، فمن وجد طفلاً منبوذاً في أي مكان فعليه إمساكه ، وقال بعض أصحاب الجعفرية إن التقاط اللقيط فرض ان غلب على ظنه الهلاك لو لم يلتقطه والا فمندوب . والمشهور عندهم أنه فرض كفائي مطلقاً ، ويحرم طرحه وإلقاؤه بعد التقاطه. والملتقط المسلم أحق بامساك اللقيط من غيره. وكذا عند الجعفرية اذا وجده اثنان مسلم وغير مسلم وتنازعا يرجح المسلم ويقضي له به ، وان استويا في الاسلام أقرع بينهما .

أحدهما على الآخر بمرجح من المرجحات ، حكم بثبوت نسبه من كل منهما ، فلو مات أحدهما ورث منه ميراث ابن كامل ، ولو مات الولد ورثا منه ميراث أب واحد ، وقد روي عن عمر رضي الله عنه في مثل هذا أنه قال : إنه ابنهما يرثهما ويرثانه ، وقال الشافعي وأحمد : لا يثبت نسبه من كل منهما وإنما يرجع في ذلك إلى القائف (وهو الذي يعرف الشبه فيقول : وجه هذا الولد أو أصابعه تشبه وجه فلان أو أصابعه أو نحو ذلك) وما يحكم به القائف يعمل به . وهو رأي له وجاهته

وقال الجعفرية : إذا ادعى اللقيط واحد ، ولو غير الملتقط يثبت نسبه منه بمجرد دعواه ولو كان المدعي دميا ، ويكون اللقيط مسلماً تبعاً للواجد أو للمكان.ودعوى مدعي أبوة اللقيط مقبولة مطلقاً حياً كان اللقيط أم ميتاً، ترك شيئاً من المال أو لم يترك ، ويكون ميراثه للمقر ولو مع التهمة إذا لم يكن له منازع ، اما إن ادعاه نفس الملتقط ونازعه خارج بعد أن سبق إلى دعواه فالملتقط أولى به حتى إن وصف الخارج في جسده علامة ووافقت .

وإذا ادعى اللقيط اثنان خارجان وسبقت دعوى أحدهما على الآخر ، فهو ابن السابق عند عدم البرهان ، وإن ادعياه معاً ووصف أحدهما علامة فيه ووافقت الصحة فلا يقضى له به ما لم يبرهن، بل يقرع بينهما، وان ادعاه مسلم وذمي معاً فالمسلم أولى في قول أصحابهم . والأصح أنه لا ترجيح للمسلم بل يقرع، كما أنه لو استوى المدعيان معاً،ولم يكن لأحدهما بينة، فإنه يقرع بينهما ويعطى لمن فاز في المساهمة دون من كان المدحضين . ويثبت نسبه من الفائز في القرعة . ويلزمه ما يلزم الآباء للأبناء من أجرة الحضانة والنفقة ويرث الولد منه إن كان أهلاً للميراث .

الحق الثاني : الرضاع

وسنتناول هذا الحق من النواحي الآتية : ١ — وجوب الرضاع على الأم ٢ — من تجب عليه أجرة الرضاع — ٣ — استحقاق الأم الأجرة على الرضاع إذا قامت به — ٤ — المدة التي تستحق الأم فيها الأجرة — ٥ — ما تقدّر به الأجرة — ٦ — التبرع بالإرضاع .

أولا : وجوب الرضاع على الام

من المقرر أن الأم هي أقرب الناس إلى ولدها ، وأن لبنها هو أفضل غذاء له من غيره ، باتفاق الاطباء لملائمته حال الطفل في درجات تطوره ، كما أنها أشد الناس شفقة على وليدها ، وأعظمهم حناناً وعطفاً عليه . ومن هنا نطقت النصوص الشرعية بأمر الوالدات بإرضاع أولادهن ، فقال تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » والنص وإن كان وارداً في صورة خبر إلا أنه في معنى الأمر ، فيدل على الوجوب على وجه التأكيد ، ولهذا لم يختلف فقهاء المسلمين في ذلك ، فقالوا جميعاً بوجوب الرضاع على الأم (ديانة) ، سواء أكانت متزوجة بأبي الرضيع ، أم كانت مطلقة منه ، وانتهت عدتها ، فإن امتنعت عنه مع قدرتها ، كانت مسئولة أمام الله لكنهم اختلفوا في وجوب الارضاع عليها قضاء .

فقال الحنفية لا يجب على الأم إرضاع ولدها قضاء ، وإن كان يجب ديانة ، فلا تجبر قضاء على إرضاع الولد إلا إذا تعينت للإرضاع ، ويتحقق التعيّن في ثلاث حالات .

الأولى : ألا يوجد من ترضعه سوى الأم ، سواء بأجر أو بدون أجر

الثانية : إذا كان الأب في عسرة وفقر لا يجد معها مالاً ليستأجر به مرضعة لولده ، ولم يكن للصغير مال يستأجر منه من ترضعه ، ولم يوجد من تتبرع بإرضاعه .

الثالثة : إذا كان لا يلتقم سوى ثدي أمه ، فيمتنع عن الرضاع من غيرها .

ففي الأحوال الثلاث السابقة ، تجبر الأم على إرضاع ولدها ، محافظة عليه من الهلاك وحجة الحنفية على ما ذهبوا إليه من عدم إجبارها عند عدم التعيين ، ووجود من ترضعه هي أن كفاية الولد على أبيه ونفقته عليه ، وأجر الإرضاع كالنفقة ، فكما أنه يجب عليه نفقته بعد الفطام ، كذلك يجب عليه أن يستأجر من ترضعه إذا وجدت ، وأيضاً قد لا تقدر الأم على الإرضاع لعذر بها ، فلا معنى للجبر عليه ، وقد قيل في تأويل قوله تعالى: « لا تضار والدة بولدها » : لا تضار والدة بإلزامها الإرضاع مع كراهتها [1] ، ولأن الإرضاع حق الأم ، ولا يجبر الشخص على استيفاء حقه .

واحتجوا لإجبارها عند التعيين : بأن الرضاع حق للولد كما هو حق للأم ، فإذا تعينت الأم فقد تحقق الداعي صيانة للولد على الضياع والهلاك .

ونقل عن مالك أن الأم يجب عليها إرضاع ولدها ديانة وقضاء بلا أجر إذا كانت متزوجة بأبي الرضيع أو مطلقة رجعياً منه إلا إذا كانت من قوم ليس من عادة نسائهم القيام بإرضاع أولادهن ، فلا يلزمها إرضاعه ، وإلا إن كان الصغير لا يقبل ثدي غيرها ، فإن أرضعته فلها الأجر نص على ذلك القرطبي في تفسيره بعد أن بيّن أن الأصل إلزام كل أم بإرضاع ولدها ، بإخبار الله تعالى ، قال القرطبي : إلا أن مالكاً رحمه الله دون فقهاء الأمصار

---

(١) الهداية وشرح العناية ج ٣ ص ٣٤٥ ، حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٩٢ .

استثنى الحسيبة ، فقال لا يلزمها رضاعة ، فأخرجها من الآية ، وخصصها بأصل من أصول الفقه ، وهو العمل بالعادة ،وهذا أصل لم يتفطن له إلا مالك ، والأصل البديع فيه أن هذا أمر كان في الجاهلية في ذوي الحسب ، وجاء الإسلام فلم يغيّره ، وتمادى ذوو الثروة والأحساب على تفريغ الأمهات للمتعة ، بدفع الرضعاء للمراضع إلى زمانه ، فقال به [١] . ومثل الشريفة المطلقة بائناً ، فلا يلزمها إرضاع الصغير إلا في حالات الضرورة ، كما إذا كان الرضيع لا يقبل ثدي غيرها [٢] .

وذهب الحنابلة : إلى أن رضاع الولد على الأب وحده فليس له إجبار أمه على رضاعه دنيئة كانت أو شريفة . ففي مغني ابن قدامه أن ابن أبي ليلى ، والحسن بن صالح يذهبان الى أن له اجبارها على رضاعها ، وأنه قول أبي ثور ، ورواية عن مالك لقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فانه نص مثبت للوجوب ، وهو متى ثبت كان وجوباً في القضاء والديانة .

وحجة الحنابلة أن الإجبار على الرضاع لا يخلو إما أن يكون لحق الولد ، أو لحق الزوج أو لهما . لا يجوز أن يكون لحق الزوج ، لأنه لا يملك إجبارها على رضاع ولده من غيرها ، ولا على خدمته فيما يختص به ، ولا يجوز أن يكون لحق الولد ، فإن ذلك لو كان للزمها بعد الفرقة ، ولأنه مما يلزم الوالد لولده فلزم الأب على الخصوص كالنفقة أو كما بعد الفرقة ، ولا يجوز أن يكون لهما لأن ما لا مناسبة فيه لا يثبت الحكم بانضمام بعضه إلى بعض ، ولأنه لو كان لهما لثبت الحكم به بعد الفرقة ، أما قوله تعالى « وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى » محمولة على حال الإنفاق ، وعدم التعاسر [٣] .

---

(١) راجع الجامع لأحكام القرآن ــ ٢ ص ١٧٣ .
(٢) راجع شرح الدردير وحاشية الدسوقي ــ ٢ ص ٥٣٥ .
(٣) المغنى لابن قدامه ج ٩ ص ٣١٢ .

ومذهب الجعفرية [١] : أن الأم تتمين لإرضاع ولدها ، وتجبر عليه في ثلاث حالات :

الأولى : إذا لم يكن للولد ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعة ، ولم توجد متبرعة ، أو من ترضى باستئجار مرضعة من مالها ، فإن رضيت بذلك فلا تجبر على إرضاعه .

الثانية : إذا لم يجد الأب من ترضعه غيرها .

الثالثة : إذا كان الولد لا يقبل ثدي غيرها ، وفي هاتين الحالتين الظاهر عدم سقوط أجرتها ، وإن كان الإرضاع واجباً عليها .

فمذهب الشيعة يكاد يتفق مع مذهب الحنفية في ذلك .

وذهب بعض الظاهرية : إلى أن الأم تجبر على إرضاع ولدها أحبت أم كرهت،أحب زوجها أم كره إلا المطلقة فإنها إن تعاسرت هي وأبو الصغير ، بأن لم يتفقا على أجرة يتراضيان عليها ، وكان الولد مع ذلك يقبل ثدي غيرها . فهنا يسترضع المطلق امرأة أخرى بدلها . فلا تجبر الأم على إرضاع ولدها إلا في حالتين : ألا يكون لها لبن ، أو يكون لبنها يضر بالصغير ، فإن على الأب حينئذ أن يسترضع له امرأة أخرى . وكذا إن لم يقبل الصغير ثدى غيرها أجبرت على إرضاعه [٢] .

وقول الحنفية هو الراجح لأن القاضي لا يجبر الأم على الإرضاع، فإن نظر القضاء يتجه إلى النفقة وجوباً وعدماً ، والنفقة على الأب اتفاقاً ، فإذا كانت ضرورة من الضرورات السابقة في حالة التمين أجبرت الأم على الارضاع .

ثانياً : على من يجب أجر الارضاع :

على الأب إذا امتنعت الأم عن الإرضاع،ولم يكن الإرضاع عليها واجباً ،

---

(١) الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ٩٥ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ، ١٠٧ ، ٣٣٥ .

أن يستأجر امرأة لترضع الولد ، إحياء له وحرصاً على حياته ، وتسمى تلك المرضعة « ظئراً » ، وهذا الأجر يكون على الأب وذلك لقوله تعالى « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ، كل هذا إذا لم توجد امرأة تتبرع بإرضاع الولد .

فإن لم يقم الأب باستئجار مرضعة ، كان للأم أن تطالبه بدفع أجرة الرضاع إليها ، لتتولى هي استئجار من ترضع الولد ، فإن امتنع عن ذلك فلها حق رفع دعوى تطلب فيها الحكم عليه بدفع أجرة الرضاع إليها ، وعلى القاضي أن يجيبها إلى طلبها [١] .

وعلى من تستأجر للإرضاع أن ترضع الولد عند أمه لأن الحضانة حق للأم ، وامتناعها عن الإرضاع لا يسقط حقها في الحضانة ، لأن كلا منهما حق مستقل عن الآخر ،فلا يترتب على سقوط أحدهما سقوط الآخر — قال صاحب الهداية : معناه إذا أرادت الأم ذلك لأن الحجر (التربية) لها .وقال الكمال ابن الهمام في الفتح . ثم لا يلزم المرضعة أن تمكث في بيت الأم إلا أن يشترط ذلك بل لها أن ترضعه ثم ترجع إلى منزلها فيما يستغني عنها فيه من الزمان ، أو تحمل الصبي معها إلى منزلها ، أو تقول أخرجوه فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبي إلى أمه .

ومذهب الجعفرية : أنه إذا أبت الأم أن ترضع ولدها في الأحوال التي لا يتعين عليها إرضاعه ، فعلى الأب أن يستأجر مرضعة إذا لم توجد متبرعة ، ولا يجب أن ترضعه المرضعة عند الأم بل تسقط حضانتها .

وتستحق المرضعة الأجرة سواء كانت قريبة للرضيع ، أو أجنبية عنه .

فإذا انتهت مدة إجارة المرضعة دون أن يستغني الولد عن الرضاع أجبرت المرضعة على أن تمد المدة ، إذا كان الرضيع لا يقبل ثدي غيرها

(١) راجع مجلة المحاماة الشرعية ، حكم محكمة الزقازيق في ٩/٩/١٩٤٦ السنة التاسعة عشرة ص ١٩٥ .

وتستمر في إرضاعه حتى يستغني الولد عن الرضاع أو يقبل ثدي غيرها ، دفعاً للضرر عن الرضيع ، وصوناً لمصلحته من الضياع .

ثالثاً : متى تستحق الأم الأجرة على الإرضاع :

الأصل الذي يقوم عليه استحقاق الأم أجرة على الرضاع أو عدم الاستحقاق (عند الحنفية) هو وجوب النفقة لها من أبي الرضيع وعدم وجوبها ، فإن كانت تجب لها نفقة على الأب ، فلا تستحق الأجرة على الرضاع ، وإن لم تجب لها نفقة زوجية فلا تستحق الأجرة على الرضاع

وبناء على هذا الأصل

١ — إذا أرضعت الأم ولدها باختيارها ،أو بإجبارها على الرضاع قضاء في الحالات السابقة ، وكانت الزوجية قائمة بينها وبين أبي الرضيع ، أو كانت مطلقة وفي عدة طلاق رجعي فلا تستحق أجرة على الرضاع،لأن الأم تستحق على الزوج نفقة في حال الزوجية ،وفي حال عدة الرجعي فلا تستحق أجرة أخرى، حتى لا تجتمع أجرة ونفقة في مال واحد ، ولأن الإرضاع واجب عليها ديانة إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها ، فإذا أقدمت عليه بالأجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجباً عليها ، فلا يجوز أخذ الأجر عليه .

٢ — إذا أرضعت الأم ولدها بعد انتهاء الزوجية وانقضاء العدة،أو كانت في عدة الوفاة فإنها تستحق أجرة على هذا حتى ولو كانت متعينة لإرضاع الولد، ذلك لأنها لا تستحق نفقة للزوجية لانتهائها بانقضاء العدة أو الوفاة ، فهي أجنبية عن الأب فتأخذ حكم المرضعة الأجنبية في استحقاق الأجرة، ولأن في إلزامها بالرضاع مجاناً مع ضعفها ، وانقطاع نفقتها إلحاق الضرر بها وهو لا يجوز ، وقد دل على ذلك قوله تعالى في المطلقات « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ، فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ، فقد أوجبت الآية على الأزواج أن يعطوا مطلقاتهم أجرة الإرضاع إذا قمن

به بعد العدة ، ومن المقرر أن المطلقة بعد أن تنقضي عدتها من الزوج لا نفقة لها .

ومذهب الجعفرية : إذا أرضعت الأم ولدها حال قيام الزوجية ، أو في عدة الطلاق الرجعي أو البائن ، او بعد العدة، فلها المطالبة بأجرة إرضاعه، ويصح أن يستأجرها الزوج لارضاع ولدها حال قيام الزوجية ، وفي العدة وبعد انقضائها .

٣ – إذا قامت الأم بإرضاع ولدها ، وهي في عدة الطلاق البائن ، فلا تستحق أجرة في رواية عند الحنفية ، لأن الأم تجب لها النفقة على الزوج ما دامت في عدة البائن ، فلا تستحق نفقة أخرى ، ولأن الزوجية قائمة في حق بعض الأحكام ، وفي رواية أخرى عندهم أنها تستحق أجرة الرضاع وبمثلها قال الجعفرية لأن الطلاق البائن يقطع الزوجية ، ويجعل المرأة أجنبية، والفتوى على الرواية الأولى ، وعليها عمل المحاكم المصرية الآن [١] .

٤ – إذا أبرأت الزوجة زوجها من نفقة العدة في مقابل طلاقها استحقت أجرة إرضاع ولدها منه ، لأنه لا نفقة لها في زمن العدة ، لتنازلها عنها في مقابل طلاقها منه ، فيكون حكمها حكم الأجنبية ، وحكم من انقضت عدتها، فحين ترضع الولد وهي كذلك ، فقد حبست نفسها على ولده فيجب عليه أن يؤدي لها أجر هذا العمل [٢] .

٥ – المتزوجة زواجاً عرفياً مستوفياً الشروط والأركان ، حين تقوم بإرضاع ولد ثمرة لهذا الزواج ، تستحق الأجرة على الإرضاع ، حيث إنه لا تسمع دعوى منها تطالب زوجها بالنفقة، إذا لم يعترف بالزوجية، كما تقضي

---

(١) راجع مجلة المحاماة الشرعية السنة العاشرة ص ٧٠٦ حكم محكمة فاقوس الشرعيـــة في ١٩٣٨/١١/٢٦ .

٢ – راجع مجلة المحاماة الشرعية السنة الثانية ص ٢٦٩ حكم محكمة الأزبكية الشرعية في ١٩٢٨/١١/١٧ .

بذلك المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، وعلى هـذا يجري العمل في المحاكم [١] .

٦ — المعتدة التي أمرت بالكف عن المطالبة بالمفروض لنفقة عدتها ، لمضي سنة من تاريخ الفرقة ، تستحق أجرة الرضاع ، لأنها في حكم التي انقضت عدتها ، حيث لا نفقة لها على والد الرضيع (قانوناً)

٧ — من استأجر زوجته حال قيام الزوجية أو معتدته من طلاق رجعي أو بائن لإرضاع ابن له من غيرها جاز ذلك ، واستحقت الأجرة لأن الإرضاع غير مستحق عليها . وقال الجعفرية إذا أرضعت الزوجة ولده من غيرها من دون إجارة فلا تستحق أجرة على إرضاعه ، ولو استأجرها لذلك فلها الأجرة .

رابعاً ، مدة استحقاق الام الاجرة على الارضاع

لا تستحق أم الطفل أجرة على إرضاع الولد بالاتفاق بين أئمة الحنفية إلا عن سنتين فقط ، حتى إنه إذا كان الطفل لم يستغن بعد تمام الحولين بالطعام عن الرضاع ، واستمرت الأم في إرضاعه ، فإنه لا يحق لها المطالبة بأجرة الرضاع بعد الحولين ، لقوله تعالى «والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، فإنه سبحانه جعل مدة تمام الرضاعة حولين كاملين .

ثم إن الأم تستحق الأجرة في مدة الرضاع في الحالات التي تستحق فيها الأجر على الإرضاع ، من غير عقد إجارة بينها وبين أبي الرضيع أو وصيه ، وتبدأ من وقت قيامها بالارضاع ، ولا يتوقف قيامها بالإرضاع واستحقاقها الأجرة على قضاء القاضي ، وإذا ثبتت لها الأجرة تصير دينا في ذمة الأب لا تسقط عنه إلا بالأداء أو الإبراء ، لأنها في مقابل عمل قامت به المرأة وهو

---

(١) مجلة المحاماة الشرعية السنة السادسة عشرة ص ٦٤ حكم محكمة السنطه الشرعية في ١٩٤٤/٤/٢٧ .

الإرضاع ، ويكون لورثتها حق مطالبة الأب بالأجرة إذا ماتت الأم قبل استيفائها ، — وعند موت الأب قبل أن يدفعها للأم ، يكون لها حق مطالبة ورثته بها ، وتأخذه من تركته ، كما في سائر الديون .

ودليل استحقاقها الأجرة إذا أرضعت ولدها مدة ، ولم يكن هناك عقد أو اتفاق بينها وبين الأب على الأجرة ، أن الله تعالى علق استحقاق الأجرة على قيامها بالرضاع في قوله تعالى : «فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن» فإذا وجد الرضاع وجبت لها الأجرة من غير توقف على عقد أو اتفاق بينها وبين الأب ، وأيضاً فإن الأب قد لا يتفق مع الأم على القيام بإرضاع ولدها بأجر ، وتكون الأم مضطرة إلى إرضاع الولد لحفظه من الضياع ، فإذا لم نوجب لها الأجر إلا إذا كان هناك عقد أو اتفاق بينها وبين الأب ، ترتب على ذلك تعريض الولد للضياع ، ولأن إرضاع الأم للصغير أمر معروف ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . ومذهب الجعفرية على هذا الرأي .

وهناك رأي آخر في المذهب الحنفي أن الأم لا تستحق الأجرة على الرضاع إلا بالعقد أو طلب الأجرة لأن ما تأخذه الأم في مقابلة الرضاع أجرة فيكون حكمه كسائر الأجور ، فلا تستحق إلا بالعقد أو ما يدل عليه وهو طلب الأجر قبل القيام بالرضاع ، فإذا لم يوجد عقد ، ولا طلب للأجر قبل القيام بالرضاع ، فلا تستحق شيئاً على الرضاع .

والراجح عندي هو الرأي الأول لأن إرضاع الأم من غير اتفاق على الأجرة ليس دليلاً على أنها متبرعة به ، لأن حنانها يدفعها إلى ألا تترك ولدها يتلوى جوعاً ، فترضعه قبل الاتفاق وقد كان عمل القضاء أولاً على الرأي الثاني لكنه عدل إلى الرأي الأول وجرى العمل على مقتضاه .

فإن أرضعت الأم التي ليست زوجة ، ولا في عدة طلاق رجعي أو بائن ، بناء على عقد أو اتفاق بينها وبين الأب ، فإنها تستحق الأجرة من وقت العقد أو الاتفاق ، لأنها في تلك الحالة مستأجرة للرضاع ، لكنها

لا تستحق أجرتها إلا من يوم العقد ، وحكم المرضعة الأجنبية عن الرضيع التي ليست أماً له إذا استأجرها الأب كذلك .

فإذا أرضعت الأجنبية غير الأم قبل الاتفاق على الأجرة ، فلا تستحق الأجرة إلا من وقت الاتفاق، ويحمل إرضاعها قبله تبرعاً منها ، والفرق بينها وبين الأم أن الأم يدفعها حنانها على إرضاع ولدها ، وإن لم تتفق على أجرة، أما غير الأم فليس عندها ما عندالأم من الشفقة والحنان،فيكون إقدامها على الإرضاع من باب التبرع .

خامساً : ما تقدّر به الأجرة على الارضاع

إذا رغبت الأم في إرضاع ولدها،وطلبت أجراً على إرضاعه.ففي الحالات التي تستحق فيها الأجرة يكون لها أجر المثل، وهي الأجرة التي تقبل امرأة أخرى أن ترضع الولد في مقابلها،وتقدير ذلك موكول إلى رأي القاضي،الذي يتولى الفصل في النزاع ، فإن طلبت الأم أجراً أكثر من أجر المثل لا تجاب إلى طلبها .

وتجب هذه الأجرة في مال الولد إن كان له مال ، لأنها كسائر نفقاته من طعام أو كسوة ، فإن لم يكن له مال فيجب على أبي الولد دفعها ، لأن النفقة لأولاده واجبة عليه ، لا يشاركه فيها غيره ، والرضاع من النفقة ، لقوله تعالى:«وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف»فإنه دل على أن رزق الوالدات على الأب بسبب الولد ، فيدل على وجوب رزق الولد بطريق أولى ، وهذا إذا كان الأب قادراً بيساره أو بكسبه ، فإذا كان فقيراً عاجزاً فقيل يتكفف الناس، وينفق عليه، وقيل نفقته تكون من بيت المال، والأولى أن تجبر الأم على إرضاع الصغير ، وتصير الأجرة التي تجب لها إذا وجبت ديناً على الأب ، يطالب بها عند يساره ، ولا تأخذ هذه الأجرة حكم النفقات الأخرى ، فلا تسقط بما تسقط به ، بل تعتبر من الديون الصحيحة

التي لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، كما لا تسقط بموت الأب بل تجب في تركته وتشارك الغرماء، وكذلك لا تسقط بموت الرضيع.

وقيل اذا كان الأب فقيراً عاجزاً أو ميتاً، تكون أجرة الرضاعة واجبة على أقارب الرضيع المطالبين بكسوته والإنفاق عليه، لو كان الأب غير موجود.

سادساً التبرع بالإرضاع :

إذا تبرعت امرأة غير الأم بإرضاع الصغير أو الصغيرة بدون أجر، أو رضيت أن ترضعه بأجر أقل من الأجر التي تطلبه الأم غير المتعينة للإرضاع له فلا تكون الأم أحق بإرضاعه، حتى ولو كان الأجر التي تطلبه أجر المثل، لقوله تعالى « لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده » فإن الآية تفيد النهي عن إضرار الوالدة بسبب ولدها، وعن إضرار الوالد بسبب ولده، ومن الإضرار بالوالد أن يلزم بالأجرة التي تطلبها الأم، مع وجود من تتبرع بالإرضاع أو وجود من تأخذ أقل من أجر الأم، لا فرق في ذلك بين أن يكون الأب موسراً أو معسراً.

لكن يعرض الأمر على الأم، قبل أن يسلم الرضيع للمتبرعة، أو التي تقبل أجرا أقل، فيقال للأم إما أن ترضعيه مجانا، أو بمثل الأجر الذي قبلته المرأة الأخرى، وإما أن تسلميه لها، فإن لم تقبل الأم أن ترضعه مجاناً أو بالأجر الأقل وسلمته إلى المرأة الأخرى يلزم المرضعة أن تقوم بإرضاع الولد عند أمه، أو ترضعه في بيتها ثم ترده إلى أمه، لأن حضانة الولد لأمه وامتناعها عن الإرضاع لا يسقط حقها في الحضانة.

ومذهب الجعفرية: أن الأم أحق بإرضاع ولدها ولو حال قيام الزوجية، ومقدمة على الأجنبية ما لم تطلب أجرة أكثر منها، ففي هذه الحالة لا يضار الأب، وإن رضيت الأجنبية بإرضاعه مجانا أو بأقل من أجرة المثل والأم تطلب أجرة المثل فالأجنبية أحق منها بالإرضاع، ولا يجب أن ترضعه عندها، بل يسقط حقها من الحضانة من غير أن تمنع عنه.

فإذا تبرعت الأم بإرضاع ولدها بدون أجر فليس للأب أن يمنعها منه ، لأن في إرضاع الأم للولد وهي أقرب الناس إليه،وأكثرهم شفقة وحنانا عليه، رعاية لمصلحة الصغير ، ولا يترتب عليه إضرار بالأب ، فلا يكون هناك مبرر لمنع الأم منه ، ولأن في منـــع الأم من إرضاع ولدها إضراراً بها ، وهو لا يجوز لقوله تعالى « لا تضار والدة بولدها » .

وتكون الأم أحق بإرضاع الولد إذا رغبت في إرضاع ولدها وطلبت أجرا على إرضاعه ، ولم تكن زوجة ولا معتدة من طلاق رجعي أو بائن ، ولم يوجد من تتبرع بالارضاع أو من ترضى بأجر أقل .

وذهب الجعفرية : إلى أن (الظئر) أي المرضعة المستأجرة . إذا أبت أن ترضع الطفل بعد انقضاء مدة الإجارة، وكان لا يقبل الصبي ثدى غيرها ، فإنها تجبر على إرضاعه بأجرة ، حفظاً للنفس المحترمة من التلف ، ولا تلزم بالمكث عند أم الطفل ، ما لم يشترط ذلك في العقد .

الحق الثالث : الحضانة

تعريفها :

الحضانة في اللغة « بفتح الحاء وكسرها » معناها الحضن وهو الجنب أو الصدر ، والعضدان وما بينهما ، يقال حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه ، وحضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها ، وقامت بتربيته ، وتسمى حينئذ حاضنة [١] .

والحضانة في اصطلاح الشرعيين : تربية الطفل ورعايته ، والقيام بجميع شؤونه ، من تدبير طعامه وملبسه ونومه ، والاهتمام بنظافته في سن معينة ، ممن له حق تربيته شرعاً من الأقارب المحارم .

ويعرفها الشافعية : بأنها تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ويقيه عما يضره ، ولو كان كبيراً مجنوناً ، كأن يتعهده بغسل جسده وثيابه ودهنه وكحله ، وربط الصغير إلى المهد وتحريكه لينام [٢] .

لمن حق الحضانة :

الصحيح أن حق الحضانة حق مشترك بين الصغير والحاضنة ، فليس حقاً خالصاً للصغير ، وليس حقاً خالصاً للأم ، غاية الأمر أن حق الصغير أقوى ،

---

(١) راجع لسان العرب مادة « حضن » .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٠٦ ، ونهاية المحتاج ج ٧ ص ٢١٤ ، والاقناع ج ٢ ص ١٢٠

لأن مصلحته مقدمة على مصلحة أبويه ، وأنه يجب العمل بما هو أنفع وأصلح للصغير في باب الحضانة .

فإذا أسقطت الأم حقها بقي حق الصغير ، ذلك لأن من حق الولد أن يعنى به والداه منذ ولادته ، ومن هذه العناية حفظه والقيام بشؤونه ، وهذا مـا يكون في الفترة الأولى من حياته واجباً على الأم ، لأنها أقدر على هذا من الأب.

وعلى هذا ما ينقل من الخلاف في حق الحضانة ، وذهاب البعض إلى أن الحضانة حق للحاضنة ولهذا لا تجبر عليها ، لأن الانسان لا يجبر على حقه ، وذهاب آخرين إلى أن الحضانة حق للصغير ، ولهذا رأوا أنها تجبر على الحضانه ، فهو من قبيل الخلاف اللفظي الذي لا يرتب آثاراً شرعية في الأحكام .

وقد تفرع على كون الحضانة حقاً لكل من الحاضنه والولد الأحكام الآتية :

١ – أن الحاضنة أماً كانت أو غيرها إذا تعينت للحضانة ، بأن لم يوجد غيرها ، أو وجد من يليها في استحقاق الحضانة ، لكنه لم يرض بحضانة الصغير أجبرت عليها ، مراعاة لحق الصغير ، وحفظاً له من الضياع .

٢ – أن الحاضنة إذا لم تتعين للحضانة لا تجبر عليها ، لأن الحضانة حقها ، ولا ضرر على الصغير في امتناع الحاضنة عن القيام بها ، لوجود من يحل محلها فيكون لها الحق في الامتناع عنها .

هذا وتكون الحاضنة متعينة ، إذا لم يوجد للصغير سوى الأم أو الجدة أو العمة من ذوات المحارم ، وتكون غير متعينة إذا وجد للصغير أكثر من حاضنة ، مثل الأم والجدة والخالة والعمة .

٣ – أن الأب ليس له أن يأخذ الصغير من صاحبة الحق في الحضانة ، ويعطيه لمن دونها إلا إذا كان هناك مبرر شرعي ، لأن في أخذه تفويت لحق الحاضنة ، ومن المبررات أن تكون الحاضنة الأقل مرتبة متبرعة بالحضانة ،

وصاحبة الحق تطلب أجراً ، أو أن تكون الأقل مرتبة ترضى بأجر أقل مما تطلبه صاحبة الحق في الحضانة ، ولو كان ما تطلبه أجر المثل .

٤ - يجب على المرضعة إذا كانت غير حاضنة للولد ، أن تقوم بإرضاعه عند الحاضنة ، حتى لا يفوت حقها في الحضانة .

٥ - إذا أراد الأب نقل الطفل من البلد الذي فيه حاضنة الصغير لا يجوز له ذلك ، لأن في نقله تفويت لحق الحاضنة في الحضانة .

٦ - إذا رغبت الأم التي لها حق الحضانة في مصالحة الأب على إسقاط حقها في الحضانة ، وتركه عند الأب مدة حضانتها له نظير مقابل من المال تأخذه منه ، كان هذا الشرط باطلا ، مراعاة لحق الولد، لأن في ذلك تفويتا لحق الصغير في الحضانة وإسقاطه ، وتفويتا لحق من يلي الأم في الحضانة ، وهي لا تملك إسقاط حق غيرها .

٧ - إذا خالعت الأم زوجها على أن يبقى ولدها المحتاج للحضانة عنده كان الخلع صحيحا ، والشرط باطلا ، لأن وجود الصغير عند أمه زمن الحضانة أنفع له ، وهو حق له ، فلا يجوز للأم الاتفاق على إسقاط حق غيرها .

ويجري عمل القضاء المصري على أن الحضانه حق لكل من الحاضنة والمحضون ، فقد قررت محكمة جرجا الشرعية في ٢٢ يولية سنة ١٩٣٣ : « أن لكل من الحاضنة والمحضون حقاً في الحضانة ، وأن حق المحضون أقوى من حق الحاضنة ، وأن إسقاط الحاضنة حقها في الحضانة لا يسقط حق الصغير »[١] .

من يثبت له حق الحضانة :

يعتمد ثبوت حق الحضانة على قوة القرابة ، مع كثرة الشفقة الداعيان إلى

---

(١) مجلة المحاماة الشرعية السنة الخامسة ص ١٧١

رعاية مصالح الطفل، وتوفير ما فيه نفعه وصلاحه ، والقيام على حفظه وتدبير شؤونه كلها .

ولما كان النساء فيهن رفق وقوة عاطفة اكثر من الرجال ، جعل الشارع لهن حق الحضانة ، ولكن على ترتيب خاص قائم على المعاني ، فهو لذلك على درجات متفاوتة ، فإذا لم يوجد من النساء محرم للصغير ، انتقل حق الحضانة إلى الرجال تبعاً لترتيبهم في الإرث

ترتيب الحاضنات من النساء

يثبت كما قدمنا حق الحضانة أولاً للنساء ، فيكون ١ - الأم ، فهي أحق بالولد من غيرها سواء كانت متزوجة بأبي الصغير، أو مطلقة في عدة أو منقضية عدتها ، متى كانت أهلاً للحضانة ، وإنما ثبت لها حق التقدم لكونها أرفق الناس وأشفقهم بالصغير من غيرها ويدل لهذا ما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ، إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حواء ، وثديي له سقاء ، وإن أباه طلقني ، ويريد أن ينزعه مني ؛ فقال رسول الله : « أنت أحق به ما لم تتزوجي » .

وروي أن عمر بن الخطاب طلق زوجته أم عاصم ، وأراد أن يأخذ ولده عاصماً منها ، فأبت عليه ذلك ، وتخاصما إلى أبي بكر رضي الله تعالى عنه وهو خليفة ، فقال أبو بكر لعمر : خل بينه وبينها ، ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك . وكان هذا القضاء بمحضر من الصحابة، ولم ينكر عليه أحد منهم ، فكان إجماعاً منهم على تقديم الأم على غيرها، ولو كان أباً .

٢ - فإن لم توجد الأم ، أو وجدت ، ولم تكن أهلا للحضانة ، ينتقل حق الحضانة إلى جدة الصغير أم أمه ، فإن لم توجد ينتقل الحق إلى أم الأب، ووجه تقديم أم الأم على أم الأب في الحضانة ، مع تساويهما في القرابة ، هو

أن قرابة أم الأم استفيدت من الأم، وقرابة أم الأب استفيدت من جهة الأب، ولما كان حق الحضانة يستفاد من جهة الأم، فتكون قرابتها مقدمة على قرابة الأب [1].

٣ - فإن لم توجد الجدة أو وجدت ولم تكن أهلاً للحضانة، انتقل حق الحضانة إلى الأخوات، ويكنّ أحق من الخالات والعمات، لأن الأخوات بنات الأبوين، والخالات والعمات بنات الأجداد والجدات، وبنات الأبوين أقرب من بنات الجدات و لأجداد، وتقدم الأخت الشقيقة لشفقتها على الأخت الأم، وتقدم الأخت لأم على الأخت لأب، لأن الحق يثبت لها من جهة الأم.

٤ - فإن لم توجد للصغير والصغيرة واحدة من الأخوات، أو وجدت ولم تكن أهلاً للحضانة، انتقل حق الحضانة إلى بنات الأخوات الشقيقات، والأخوات لأم، على أن تقدم بنت الأخت الشقيقة على بنت الأخت للأم.

٥ - فإن لم توجد واحدة من الأخوات أو بناتهن، انتقل حق الحضانة إلى الخالات (أخوات أم الصغير أو الصغيرة)، وتقدم الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب.

٦ - فإن لم توجد واحدة من الخالات، انتقل حق الحضانة إلى بنت الأخت لأب (على الصحيح)، وقيل إن بنت الأخت لأب تقدم على الخالة، ولكن الصحيح أن الخالة مقدمة، لأن قرابتها من جهة الأم، أما بنت الأخت لأب فقرابتها من جهة الأب، والحضانة إنما تستفاد من قبل الأم، فكان المنتسب بها أولى.

٧ - فإن لم توجد واحدة من بنات الأخت لأب، انتقل حق الحضانة إلى بنت الأخ الشقيق، ثم إلى بنت الأخ لأم، ثم إلى بنت الأخ لأب.

---

(١) بدائع الصنائع ج ٤ ص ٤١.

وإنما قدمت بنات الأخوات على بنات الإخوة، لأن قرابة بنات الأخوات للصغير جاءت عن طريق الأخت ، والأخت لها حق الحضانة ، أما بنات الأخوة فقرابتهن للصغير جاءت عن طريق الأخ ، والأخ لا حق له في الحضانة مع وجود النساء ، فكان من ينتسب إلى الصغير بمن له حق في الحضانة أولى ممن ينتسب إليه بمن ليس له حق في الحضانة .

٨ - فإن لم توجد واحدة من بنات الإخوة ، انتقل حق الحضانة إلى العمات (أخوات أبي الصغير أو الصغيرة) ، مع تقديم العمة الشقيقة ، ثم العمة لأم ، ثم العمة لأب

٩ - فإن لم توجد واحدة من العمات ، انتقل حق الحضانة إلى خالات الأم ، ثم إلى خالات الأب ، وتقدم الخالة الشقيقة ، ثم الخالة لأم ، ثم الخالة لأب .

١٠ - فإن لم توجد واحدة من هؤلاء، انتقل حق الحضانة إلى عمات الأم، ثم إلى عمات الأب حسب الترتيب السابق .

حضانة الرجال :

إن لم يوجد من النساء محرم للصغير أو الصغيرة ، انتقل حق الحضانة إلى المحارم من العصبة على حسب ترتيبهم في الإرث ، فيقدم الأب ثم الجد أبو الأب ، وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق ، ثم العم لأب ، ثم ابن العم الشقيق ، ثم ابن العم لأب إن كان من يستحق الحضانة غلاما، فإن كان أنثى لم يكن لابن العم حق في حضانتها سواء كانت صغيرة غير مشتهاة أولا ، وسواء كان ابن العم مأمونا عليها أو غير مأمون لأنه ليس بمحرم لها [1] .

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٥٦ ، وشرح الزيلعي ج ٣ ص ٤٧ .

فإن لم يوجد أحد من العصبات المحارم، أو وجد ولم يكونوا أهلاً للحضانة، انتقل حق الحضانة إلى المحارم من غير العصبة على الترتيب الآتي .

الجد أبو الأم ، ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخت الشقيقة، ثم ابن الأخت لأب، ثم ابن الأخ لأم ، ثم ابن الأخت لأم ، ثم العم لأم ، ثم الخال الشقيق ، ثم الخال لأب ، ثم الخال لأم . وهذا عند أبي حنيفة لأن لهؤلاء الأقارب ولاية الزواج فيكون لهم حق الحضانة .

فإن لم يوجد واحد من هؤلاء كان الأمر مفوضاً لرأي القاضي ، فيضع الولد عند من يثق به من الرجال أو من النساء .

وحين يوجد مستحقون للحضانة متعددين ، وكلهم أهلاً للحضانة ، وفي درجة واحدة كإخوة أشقاء ، أو أخوات شقيقات ، أو إخوة لأب ، يقدم أصلحهم لتربية الولد ، فإن تساووا في الأصلحية ، قدم من كان أكبر سناً ، لأنه في الغالب عنده دراية بما فيه المصلحة للصغير ، وأكثر تجربة ، وإلا فيختار القاضي منهم من يشاء [1] .

ومذهب الجعفرية: الحضانة للأم ثم للأب، وإذا مات الأب أو جُنّ بعد أن انتقلت إليه الحضانه، وكانت الأم ما زالت على قيد الحياة عادت إليها الحضانة،

---

(١) راجع في هذا بدائع الصنائع جـ٤ ص ٤١ ، وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص ٦٥٥ . وإن أردت معرفة الترتيب في المذاهب الأخرى فراجع نهاية المحتاج جـ٧ ص ٢١٥ للمذهب الشافعية ، وشرح الدردير وحاشية الدسوقي جـ٢ ص ٢٣٧ . فقد قالت الشافعية إن الحضانة للأم ثم أم الأم وإن علت بشرط أن تكون وارثة . ثم الأب ثم أمه ثم أم أمه وان علت بشرط أن تكون وارثة ، ثم الأقرب من الاناث ثم الأقرب من الذكور - ومذهب المالكية : تنتقل من الأم إلى أمها وإن علت . ثم الخالة الشقيقة . ثم الخالة لأم ، ثم خالة الأم ، ثم عمة الأم ثم عمة الأب ، ثم أم أمه . ثم أم أبيه الخ - أما الحنابلة فقالوا هي للأم ثم أمها ثم أم أمها ثم الأب ثم أمهاته ثم الجد ثم أمهاته ، ثم الأخت لأبوين ، ثم لأم . ثم لأب ، ثم الخالة لأبوين ثم لأم الخ - راجع المغنى لابن قدامة جـ٩ باب الحضانة .

وكانت أحق من جميع الأقارب بما فيهم الجد لأب، حتى ولو كانت متزوجة من أجنبي : وإذا فقد الأبوان انتقلت الحضانة إلى الجد لأب ، وإذا فقد ولم يكن له وصي كانت الحضانة لأقارب الولد على ترتيب الميراث ، الأقرب منهم يمنع الأبعد ، ومع التعدد والتساوي كالجدة لأم والجدة لأب، وكالعمة والخالة أقرع بينهم عند الخصومة والتشاح ، فمن خرجت القرعة باسمه كان أحق بالحضانة إلى أن يموت ، أو يعرض عن حقه

شروط الحضانة

حيث كانت تربية الطفل تتطلب عناية خاصة ، ومقدرة معينة ، شرط الشارع في استحقاقها أموراً باجتماعها يمكن الوصول إلى تلك التربية المنشودة، وبفقدان واحد منها يتطرق الخلل إلى تربية الصغير .

وهذه الشروط بعضها يشترط في كل من يثبت له حق الحضانة ، لا فرق في ذلك بين النساء والرجال ، وبعضها خاص بما إذا كانت الحاضنة امرأة ، وبعضها خاص بما إذا كان الحاضن رجلا ، وإليك بيان تلك الشروط .

أما الشروط العامة التي تشترط في كل من يقوم بحضانة الصغير أو الصغيرة رجلا كان أو امرأة فهي :

١ - البلوغ والعقل والحرية ، فالصغير أو الصغيرة والمجنون أو المجنونة والمملوك وإن كانوا مميزين لا يثبت لهم حق الحضانة ، وكذلك المعتوه والمعتوهة ، وذلك لأن الصغير غير البالغ لا يحسن القيام بشئون نفسه ، فلا يوكل إليه القيام بشئون غيره ، وكذلك الصغيرة ، ولأن غير العاقل لا يحسن القيام بحفظ الولد ورعايته إذا ثبتت له الحضانة ، بل إنه قد يخشى على الولد منه .

٢ - القدرة على تربية المحضون وحفظه ، ورعاية شؤونه ، فإذا كان الحاضن أو الحاضنة عاجزاً عن القيام بذلك لعاهة ، أو كبر سن أو مرض ، أو شغل لا تثبت الحضانة .

فإن كانت المرأة محترفة، فإن كان عملها يمنعها من تربية الصغير أو الصغيرة والعناية بها لا تكون أهلاً للحضانة ، وإن كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير وتدبير شئونه، لا يسقط حقها في الحضانة ، فالمدار في استحقاق المرأة المحترفة للحضانة ، أو عدم استحقاقها هو قدرتها على تربية الصغير ورعايته ، وعدم القدرة على ذلك .

ومما تقدم يعلم أن من تمارس مهنة الطب أو التعليم ينبغي أن يبقى لها حق الحضانة ، إذا كان عملها وخروجها من البيت لا يتسبب في ضياع الولد ، لأن الكثيرات منهن قبل الخروج إلى عملها تعهد بالولد إلى من تنوب عنها في ملاحظته ، والإشراف عليه مع ملاحظتها له بين الحين والحين ، ولهذا جاء في مجلة المحاماة الشرعية السنة العاشرة قضاء لمحكمة أسيوط الشرعية في ١٥/٧/١٩٤٧ بأنه إذا كانت ظروف العمل لدى الحاضنة التي تقوم بالتدريس تسمح بإرضاعها ولدها في الأوقات الواجبة ، وكان لها مع ذلك خادم يقوم بخدمة الرضيع ، اعتبرت الحاضنة بذلك قادرة على صيانة الرضيع . وحفظه، طبقا لما تشير إليه النصوص الشرعية .

كذلك رفضت إحدى المحاكم دعوى طلب فيها الأب ضم ولده إليه لأن أمه موظفة في إحدى الشركات العامة ، معللة هذا الرفض بأن خروج الأم بعض الوقت في أثناء النهار لمباشرة أعمالها لا يحول بينها وبين عنايتها بولدها ومحافظتها عليه ، والدليل على ذلك أن المدعي وهو والد الصغير لم يذكر حادثة واحدة ترتب عليها إلحاق الأذى بالصغير ، أو لزم منها ضياعه وهذا هو مناط سقوط حق الحضانة - ومع ذلك فإن الأم قد قررت أن أمها - وهي التي لها حق حضانة هذا الصغير بعدها - تعيش معها وتقوم على رعايته والمحافظة عليه أثناء قيامها بأعباء الوظيفة [1] .

٣ - أن تكون الحاضنة أمينة على أخلاق المحضون ، فالمرأة الفاسقة التي يشغلها فسقها

---

(١) القضايا الزوجية الكبرى ص ٢١٥ .

عن العناية بالصغير ، ويؤدي تركه عندها إلى ضياعه لا يكون لها الحق في الحضانة ، وأيضاً لو كان الرجل فاسقا ، ويخشى ضياع الصغير إذا ترك عنده لا يكون أهلاً للحضانة .

أما إذا كان فسق المرأة أو الرجل لا يمنع من العناية بالصغير ، والقيام بأمره فلا يسقط حقهما ، إلا أن المرأة إذا كانت سيئة السلوك ، وخيف على الولدأن يتأثر بسلوكها فإنه يكون لها حق الحضانة إلى أن يعقل الصغير ،وذلك ببلوغه سبع سنين ، حتى إنه إذا خيف عليه أن يألف ما تفعله من المعاصي فقد قالوا يسقط حقها في الحضانة وإن لم يبلغ هذه السن ، مراعاة لصالح الصغير حتى لا يشب دارجاً على الرذيلة ، وهذا ما تجري عليه المحاكم .

ويشترط لاستحقاق النساء للحضانة زيادة على ما سبق ما يلي

١ - أن تكون الحاضنة غير متزوجة بأجنبي عن الصغير، أو بقريب غير مَحْرَم له ،فإن كانت المرأة متزوجة بأجنبي عن الصغير ، أو كانت متزوجة بغير ذي رحم محرم له، فلا حق لها في الحضانة ،أما إذا كانت متزوجة بقريب مَحْرَم للصغير كعمه أو جده فلا يسقط حقها فيها، ودليل حرمان الزوجة قوله عليه السلام في قصة المرأة التي طلقها زوجها وأراد أن يأخذ ولدهمنها: «أنت أحق به ما لم تتزوجي » . فإنه جعل زواج الأم مسقطاً لحقها في حضانة ولدها ، وحيث جعل زواج الأم مسقطاً لحقها في الحضانة ،فسقوط حق غيرها بالزواج يكون من باب أولى .

والحديث في ظاهره يفيد سقوط حق الأم في الحضانة بتزوجها سواء كان الزوج أجنبياًعن الصغير أو قريباً له، مَحْرَماً للصغير أو غير مَحْرَم، لكن الحنفية ومعهم المالكية اعتبروا الزواج المسقط لحق الحضانة هو الزواج بالأجنبي، أو القريب غير المَحْرَم ، لأن الشأن في مثل هؤلاء الأزواج أنهم لا يعطفون على الطفل ، أما القريب المَحْرَم فيعطف على الصغير ولا يتضرر من وجوده مع زوجته لوجود القرابة الباعثة ، فمن تزوجت بابن عم الصغير الذي هو قريب

غير محرم لا يبقى حقها في الحضانة ،أما من تزوجت بعم الصغير فإنه يبقى حقها في الحضانة ولا يسقط ،فإن كان الزوج محرماً غير قريب كالعم من الرضاعة ، فلا يكون لها حق في الحضانة ، لعدم العطف منه على الصغير غالباً،وعدم تمكين الزوجة من العناية به وتوفير الخدمة له .

وقال الجعفرية : تسقط حضانة المرأة بالزواج مطلقاً ، سواء أكان الزوج رحماً أم أجنبياً إذا كان الأب موجوداً ، وتنتقل الحضانة إلى الأب . فإذا لم يكن للطفل أب فلا يسقط حق الأم بالتزويج بل تكون هي أولى من الجد وإن تزوجت ، فإذا طلقت الأم بعد تزوجها بزوج آخر قال المالكية لا تعود إليها الحضانة ، وقال الأئمة الثلاثة والجعفرية: إذا ارتفع المانع تعود حضانتها بعد أن سقطت بالزواج .

٢-كون الحاضنة قريبة للطفل،ذات رحم محرم من الصغير كأمه أو خالته أو أخته ، فالأجنبية عن الصغير لا يثبت لها حق الحضانة ، ولو كانت محرّمة عليه ، كأخته أو أمه رضاعاً ، ولهذا كانت بنات الأعمام أو العمات للصغير وبنات الأخوال والخالات لسن أهلاً للحضانة لقرابتهن للصغير غير المحرّمة .

٣ - ألا تقيم بالولد في بيت يتضرر به،فإن أقامت الحاضنة بالصغير في بيت من يبغضه ويكرهه ، ولو كان قريباً سقطت حضانتها ، لأن الحضانة إنما شرعت لمصلحة الصغير وصيانته ، وفي إقامتها مع المبغض للولد يعرضه للأذى والضياع ، فإذا تزوجت أم الصغير بأجنبي وسقط حقها في حضانته، وأخذته جدته (أم أمه) فإن أقامت بالصغير مع زوج ابنتها التي هي أم الصغير ، كان للأب أن يأخذ الصغير منها ، أما إذا أقامت به في بيت رجل آخر ، كزوج خالة الصغير فإنه لا يسقط حقها في الحضانة ، لأن هذا الأجنبي لا يبغض الصغير ولا يكرهه .

٤ - ألا تكون الحاضنة مرتدة ،فالمسلمة الحاضنة التي هي أم إذا ارتدت عن الإسلام لم يكن لها الحق في الحضانة،لأن حكم المرتدة في الشريعة الإسلامية

أنها تحبس حتى ترجع إلى الاسلام أو تموت فهي لا تتمكن من القيام بتربية أولادها ، والعناية بأمرهم .

أما اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون فغير مشترط عند غير الشافعية والجعفرية لأن الحضانة تقوم على أساس الحنان والشفقة ، واختلاف الدين غير مؤثر في ذلك ، فعلى هذا تكون الأم الكتابية أحق من غيرها بحضانة ولدها الصغير المسلم من زوجها المسلم ، ما لم تخش عليه الفتنه في حضانتها ، ويبقى لها حق الحضانة إلى أن يعقل الولد الأديان ، وذلك ببلوغه سن السابعة ، إلا أن يتضح أن بقاءه معها خطراً على دينه بأن بدأت تعلمه أمور دينها ، أو تقوم أمامه بطقوس شريعتها ، أو تذهب به إلى معابدها ، أو تعوده على أكل لحم الخنزير أو شرب الخمر ، فإن فعلت شيئاً من ذلك ، فإنه ينزع منها حتى لا يتأثر بما تلقنه ، فيشب على ما ألف مخالفاً لدينه ، وقال ابن حزم لا يشترط الاتحاد زمن الرضاع ويشترط بعده

واشترط الشافعية والجعفرية إسلام الحاضنة ، فقالوا لا حضانة لكافرة على مسلم ، وقال الحنفية إن ارتداد الحاضن والحاضنة عن الإسلام هو الذي يسقط الحضانة .

فإذا توفرت الشروط السابقة في الحاضنة كانت أهلا للحضانة ، أما إذا تخلف شرط منها ، فلا تكون أهلا لها ، وينتقل الحق منها إلى من تليها في الرتبة من الحاضنات ، فإذا زال المانع عاد إليها حق الحضانة ، فإذا تزوجت الأم بغير ذي رحم محرم للصغير ، ثم طلقت منه عاد حقها إليها بعد سقوطه عنها .

واشترط الجعفرية أن تكون الحاضنة سليمة من الأمراض السارية حتى إنه إذا كان أحد الأبوين مصاباً بمرض معد أو جنون يسقط حق حضانته عنه ويثبت للآخر . وقال الحنابلة تجب سلامتها من البرص والجذام [1] .

---

(١) الاحوال الشخصية الشيخ جواد مغنية ص ٩٥ .

شروط خاصة بحضانة الرجال زيادة على الشروط العامة السابقة :

١ - أن يكون ذا رحم محرم للصغيرة ، فليس لابن العم حضانة ابنة عمه لعدم محرميته لها ، ولأن هذا الحق لو ثبت له قد يفضي إلى فتنة وفساد ، فقالوا لا يثبت ذلك سداً للذريعة ، غاية الأمر أنه إذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها ، فللقاضي أن يبقيها عنده ، إذا كان مأموناً عليها ، ولا يخشى عليها الفتنة من وجودها عنده .

٢ - اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، فلا حضانة لكافر على طفل مسلم، وخص بعض الأئمة هذا الشرط بما إذا كانت الحضانة للعصبة من الرجال المحارم، أما الرجال غير العصبة من الرجال المحارم الأقارب ، فقالوا بعدم اشتراط اتحاد الدين .

وجه قول الجمهور : أن الحضانة نوع من الولاية على النفس ، ولا ولاية مع اختلاف الدين ، ولأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ، ولا توارث مع الاختلاف في الدين . فمن له أخوان شقيقان أحدهما مسلم ، والآخر غير مسلم ، والطفل مسلم ، فحضانته لأخيه المسلم - هذا وجميع الديانات غير الإسلام تعتبر ديناً واحداً كما في الميراث

أجر الحضانة :

الحاضنة إما أن تكون أما أو غير أم :

فإذا كانت أما فلا تستحق أجرة على حضانتها إذا كانت زوجيتها قائمة لأبي الولد ، أو كانت معتدة من طلاق رجعي ، أو طلاق بائن على أحدى الروايتين عند الحنفية . وذلك لأنها تستحق نفقة زوجية ، أو نفقة العدة فلا تستحق نفقة أخرى في نظير الحضانة ،ولأن ما تأخذه الحاضنة نظير حضانتها ليس أجرا خالصا ، بل له شبهان : شبه بالنفقة ، وشبه بالأجر ، فمن جهة أن الحاضنة تقوم بخدمة الصغير وتربيته ، فإن ما تأخذه في نظير ذلك يعتبر

أجرة على عملها – ومن جهة أن أجرة حضانة الصغير من نفقة الصغير، ونفقته واجبة في ماله إن كان له مال، وعلى من تجب عليه نفقته إن لم يكن له مال، يعتبر ما تأخذه الحاضنة في نظير حضانة الصغير من نفقته، فلو حظ هذا المعنى في استحقاق الحاضنة لأجرة الحضانة.

أما إذا كانت الأم المعتدة الحاضنة غير مستحقة لنفقة كالمعتدة عن وفاة، أو طلاق عن إبراء، أو زوجة بمقتضى زواج عرفي، أو كانت حاضنة بعد انتهاء العدة، فإنها تستحق الأجرة على حضانة ولدها الصغير لانها في تلك الحالات لاتستحق نفقة على الأب، وقد حبست نفسها لمصلحة الصغير وحضانته، ومن المقرر أن من حبس نفسه للقيام بعمل، استحق الأجر في مقابل هذا العمل

وكذلك الام إذا كانت معتدة، وأمرت بالكف عن المطالبة بنفقة عدتها، لمضي سنة من تاريخ طلاقها، لأنها لا تكون قد جمعت بين نفقة عدتها، وأجرة حضانتها.

أما غير الأم فلكون الحضانة عمل من الأعمال، فيستحق من يقوم بها أجراً في مقابلتها ما لم يكن متبرعاً.

وقال الشافعية والحنابلة للحاضنة الحق في طلب الأجرة على الحضانة أماً كانت أو غيرها وقال المالكية والشيعة الجعفرية: لاتستحق الحاضنة أجرة على الحضانة. ولكن قال الجعفرية: إن للحضانة أجرة كالرضاع. فإن كان للرضيع مال أعطيت منه الأجرة وإلا فعلى الأب إن كان موسراً. لكن أجرة الحضانة غير لازمة ولا يجب على الأم الحضانة مجاناً فلها طلب الأجرة، وللأب الخيار حينئذ بين دفع الأجرة وأخذه الصغير أو الصغيرة منها، وإذا لم يكن شأن الأب الحضانة ولم يحصل متبرع، وطلبت الأم ما يطلبه غيرها من الأجرة فلا يبعد وجوب إجابتها. ولو طلبت أكثر مما

يطلب غيرها فلا تجاب إلى ذلك في مذهب الجعفرية [١] .

وقت استحقاق الأجرة :

لا تختلف الحضانة عن الرضاع من حيث الأجرة وتاريخ استحقاقها . وعلى هذا إن وجد اتفاق بين الحاضنة ، ومن تجب عليه أجرة الحضانة ، أو صدر حكم من القاضي بها ، فاستحقاق الأجرة يكون من تاريخ الاتفاق أو الحكم ، فإن لم يكن عقد أو اتفاق ولا حكم ، فإن كانت الحاضنة غير الأم ، فلا تستحق أجرة إلا من تاريخ حصول الاتفاق أو الحكم بها ، حتى إنها لو قامت بالحضانة مدة ، ولم يكن هناك اتفاق بينها وبين أبي الصغير ، أو من تلزمه الأجرة، ولا حكم، لا يكون لها حق في المطالبة بأجرة عن هذه المدة، لان أجرة الحضانة كسائر الأجور ، لا تستحق إلا بالعقد أو قضاء القاضي .

أما إن كانت الحاضنة أماً للمحضون ، فإنها تستحق الأجرة من وقت قيامها بالحضانة ، بعد انقضاء المدة من غير توقف على تراض أو قضاء ، وقيل تستحق الأجرة من يوم الاتفاق أو القضاء [٢] .

أما القضاء في مصر فيجري على استحقاق الأم للأجرة على الحضانة من تاريخ قيامها فعلا ، ولو لم يكن هناك تراض أو قضاء ، واستحقاق غير الأم من تاريخ الحكم بها أو التراضي عليها ، كما في أجرة الرضاع - وبعض المحاكم تجري على استحقاق أجرة الحضانة من تاريخ الحكم بها أو التراضي عليها ، سواء أكانت الحاضنة أما أو غيرها ، والذي استقر عليه القضاء هو الرأي الأول.

على من تجب أجرة الحضانة :

تجب أجرة الحضانة على الصغير في ماله إن كان له مال لأنها جزء من نفقته،

---

(١) راجع الاحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية ص ١٠٠ .

(٢) راجع الفتاوي المهدية جـ ١ ص ٢٧١ ، ٢٧٤ .

ونفقته واجبة عليه في ماله ، فإن لم يكن له مال فتجب على من تجب عليه نفقة الصغير ، فإن كان أبو المحضون حياً وله مال أو كسب فأجرة الحضانة عليه ، وإن كان معسراً وجبت عليه أجرة الحضانة ، وتجعل دينا في ذمته يطالب بها عند يساره ، وإن كان فقيراً عاجزاً عن الكسب وجبت على من تلزمه نفقة الصغير من أقاربه ، وكذلك إن لم يكن الأب موجوداً .

وأجرة الحضانة عند وجوبها ، لها حكم سائر الأجور ، لا تسقط بموت الحاضنة ولا بموت الصغير ، ولا بموت من تجب عليه . ومذهب الجعفرية أن الأجرة تلزم أبا الصغير أو الصغيرة إن لم يكن له مال ، فإن لم يكن له مال فلا يلزم أباه شيء منها إلا أن يتبرع .

وعندما تستحق الحاضنة أجر المسكن لأجل الحضانة ،وذلك إذا لم يكن لها مسكن مملوك ، كانت تسكنه قبل الحضانة ، أو لم تكن الحاضنة متزوجة بذي رحم محرم ، فحين تطلب أجراً للسكن ، فالأجرة تجب على التفصيل السابق في أجرة الحضانة نفسها ، وكذلك الحكم في أجرة خادم الصغير عندما يحتاج إليه .

أجرة الحضانة عند وجود متبرعة بها :

حين تطلب مستحقة الحضانة أجراً على حضانة الصغير ، وتمتنع عن حضانته إلا بأجر . وتوجد امرأة تتبرع بحضانته مجاناً وبلا أجر .

فإما أن تكون المتبرعة من أهل حضانة الصغير ، بأن كانت قريبة له قرابة تحرم الزواج بينهما ، وتتوفر فيها شروط الحضانة ، كالجدة لأم أو الخالة أو العمة أولاً ، فإن كانت كذلك فإما أن يكون للصغير مال أولاً .

فإن لم يكن للصغير مال ، فإما أن يكون الأب موسراً أو معسراً ، فتلك حالات خمس :

١ - إذا كانت المتبرعة من أهل الحضانة ، وللصغير مال، قدمت المتبرعة على صاحبة الحق في الحضانة سواء كان الأب موسراً أو معسراً.

ذلك لأن الصغير إذا كان له مال فأجرة حضانته واجبة في ماله ، ففي إعطائه لمن تتبرع بحضانته إعفاء له من الأجرة ، وفيه حفظ لماله ، ولا ضرر يلحق الصغير في إعطائه للمتبرعة ، لتوفر شفقة الحاضنة لكونها من المحارم .

٢ - إذا كانت المتبرعة من أهل الحضانة ، وليس للصغير مال ، وكان الأب معسراً لا يستطيع دفع الأجرة يعطي للمتبرعة ، لأن إعطاءه للأم بأجر مع وجود المتبرعة الصالحة للحضانة يترتب عليه إلزام الأب بالأجر بلا داع، وفي هذا إضرار للأب بسبب ابنه يتعارض مع قوله تعالى «لا تضار والدة بولدها، ولا مولود له بولده» .

٣ - إذا كانت المتبرعة من أهل الحضانة ، والصغير ليس له مال وكان الأب موسراً قدمت صاحبة الحق في الحضانة على المتبرعة ، لأن الصغير إذا لم يكن له مال كان أجر الحضانة على أبيه ، وإعطاؤه للحاضنة دون المتبرعة فيه مصلحة للصغير ، لأنها أكثر حناناً وعطفاً عليه من المتبرعة ، وما دام الأب موسراً فلا ضرر عليه في إلزامه بالأجرة للحاضنة [١] .

٤ - إذا لم تكن المتبرعة من أهل الحضانة ، قدمت صاحبة الحق في الحضانة على المتبرعة ، سواء كان الأب موسراً أو معسراً، وسواء كان الصغير له مال أو لم يكن له مال ، ذلك لأن في تسليم الصغير إلى المتبرعة، لا يكون فيه مصلحة له وتسليمه إلى من لها الحق في الحضانة فيه نظر ومصلحة له ، لأنها أشفق على الصغير من غيرها ، والمحافظة على مصلحة الصغير أولى بالرعاية من المحافظة على جزء ماله أو مال أبيه ، لأن المال خلق لحماية النفس وقضاء مصالحها .

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٥٥ .

٥ - إذا كانت المتبرعة بالحضانة غير محرم للصغير فلا تقدم على صاحبة الحق في الحضانة ، فإن كانت محرماً فتقدم المتبرعة، إذا كانت الأجرة واجبة في مال الصغير ، أو كان الأب معسراً

وبالتأمل في الأحكام السابقة يتضح أن الحضانة تختلف عن الرضاع في حكم التبرع. فإن المتبرعة بالرضاع كما عرفنا تقدم على الأم إذا لم ترض بالرضاع بلا أجر،ولو كانت المتبرعةأجنبية عن الصغير، وكذلك تقدم إذا طلبت غير الأم أجراً على الرضاع أقل من الأجر الذي تطلبه الأم فإنها تقدم على الأم ، سواء كان للصغير مال أو لم يكن ، وسواء كان الأب موسراً أو معسراً .

لكن المتبرعة بالحضانة تختلف عن ذلك فإنه لا يسلم الصغير إليها إلا في حالتين هما أن تكون الأجرة واجبة على الأب مع فقره وإعساره ، أو أن تكون الأجرة واجبة في مال الصغير وتأبى أمه في الحالتين أن تحضنه إلا بأجر . وهذا الاختلاف يرجع إلى أن المقصود من كل منهما مختلف ، فالمقصود من الحضانة تربية الصغير ، وتعهده بالرعاية والعناية ، وتلك أمور قائمة على الحنان والشفقة والعطف ، ولا تتحقق في البعيدات إلا قليلاً ، وتزيد قوة وتتوافر درجة كلما قويت درجة القرابة ، وقربت من الصغير ، أما المقصود من الرضاع فهو التغذية ، والتغذية كما تتحقق من المحارم تتحقق من غيرهم ، فلا يكون في تقديم من تطلب أجراً أقل مما تطلبه الأم ، أو تقديم المتبرعة إضرار بالصغير .

بقيت حالة أخيرة : هي ما إذا امتنعت الأم أو من يليها في استحقاق الحضانة عن حضانة الصغير إلا بأجر ولم توجد متبرعة بالحضانة من محارم الصغير، وكان الأب معسراً ولم يكن للصغير مال ، فإن الأم تجبر على الحضانة والقيام على شئون الصغير ، وتكون أجرتها في تلك الحالة ديناً على الأب يلزم بأدائه متى أيسر ، ولا يسقط هذا الدين إلا بالأداء أو الإبراء، لأنه من الديون القوية فإنه في مقابلة عمل تقوم به الأم ، وهو تدبير شؤون الطفل والقيام على

مصلحته . وكذا لا يسقط ما تجمد منه بموت الصغير قبل أدائه ، لأن الأجر على العمل لا يسقط مطلقاً بالموت — وقد قدمنا أنه قد اتفق مذهب الجعفرية مع الحنفية على أنه لو تبرعت امرأة بإرضاع الطفل مجاناً ، وأبت الأم إلا الأجرة على الرضاع تقدم المتبرعة على الأم ، ويسقط حقها في الإرضاع ، أما حقها في الحضانة فيبقى على ما هو ، ويكون الطفل في رعايتها ، تأتي إليه المرضعة ، أو يحمل هو إليها .

وجاء في الأحكام الجعفرية أنه لو أبت أم الطفل حضانته مجاناً، ووجدت متبرعة أهل للحضانة ولو أجنبية ، أو كان الأب قادراً على حضانته ولو بالاستعانة بغيره من خادمه أو زوجته تخير بين إمساكه مجاناً، ودفعه للمتبرعة أو للأب ، فإن لم تختر إمساكه مجاناً ، ودفع للمتبرعة أو للأب ، ولا تمنع من رؤيته وتعهده .

مكان الحضانة

هو المكان الذي تقيم فيه أم الطفل مع أبيه ، إذا كانت الزوجية قائمة بينهما ، وعلى هذا إذا كانت الحاضنة الأم ، والزوجية قائمة ، لا يجوز للأم أن تنتقل من مكان الزوجية إلى غيره قبل أن يستغني عن أمه وتنتهي مدة حضانته ، إلا إذا أذن لها الزوج في الانتقال ، سواء كان الصغير معها أو لم يكن ، فإن الزوجة يلزمها أن تتبع زوجها ، وتقيم معه في المكان الذي يقيم فيه ، وللزوج أن يحول بينها وبين الانتقال .

فإن لم تكن الزوجية قائمة ، وكانت مطلقة ، فإن كانت في العدة فمكان حضانة الصغير هو مكان قضاء العدة ، وهو المكان الذي وقعت فيه الفرقة ، لأن المعتدة يلزمها أن تقضي العدة في هذا المكان ، ولا يجوز لها خروجها ، ولا إخراجها منه ، لقوله تعالى « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة »(الطلاق /١) ولأن قضاء فترة العدة في بيت الزوجية

واجب ، لحق الزوج ولحق الشرع ، لا يحل لها الانتقال منه بولدها حتى ولو كان ذلك بإذن الزوج .

وبعد انقضاء عدتها من أبي الصغير ، يجوز لها أن تنتقل به إلى بلد هو مدينة لا قرية ، بشرط أن يكون قريباً من البلد الذي كانت تقيم فيه بحيث يستطيع الأب أن يذهب إليه لرؤية ابنه ، ويعود إلى بلده يبيت فيه ، لأنه ليس في هذا ضرر أو مشقة على الأب ، إذ تعتبر هذه النقلة كأنها انتقال من طرف إلى آخر في البلد الكبير الواحد[1] ، فإن كان الانتقال إلى قرية فقد قال الفقهاء لا يجوز ، لأن في أخلاق أهل القرى جفوة ، فيخاف على الصغير أن يتعود بعاداتهم ، ويتخلق بأخلاقهم ، وليس هذا بشيء فإن الانحراف في المدن أشد منه في القرى .

ولا يجوز لها أن تنتقل إلى بلد بعيد ولو قرية ومعها الصغير إلا بشرطين ، هما أن يكون هذا البلد هو بلدها الأصلي ، وأن يكون أبو الصغير تزوجها فيه ، فإذا توفر هذان الشرطان جاز للأم أن تنتقل بالصغير ، أما إذا لم يتوفر إلا شرط واحد أو كان بلدها دار الحرب والزوج مسلم ، لم يجز لها الانتقال ، ذلك لأنه إذا تزوجها في بلدها ، كان إقدامه على ذلك رضاً منه ضمناً بإقامتها بالولد فيه ، وهذا فضلاً عن كون إقامة الأم بولدها في بلدها ، بعد انقضاء عدتها مصلحة لها لا توجد في بلد أخرى هي وجودها بين أهلها وأقاربها ، وفي ذلك مصلحة للصغير لإقامته مع أشفق الناس عليه ، فهذه المصلحة ترجح على ما عساه يلحق الأب من ضرر بُعد ولده عنه .

ويقتضي هذا أن يكون من تزوج امرأة من بلد وعقد زواجه بها ، ثم انتقل بها إلى بلد آخر ، ثم طلقها بعد أن ولدت ولداً ، واعتدت ثم انقضت عدتها ،

---

(١) راجع بدائع الصنائع ج ٤ ص ٤٤ ، وفتح القدير ج ٣ ص ٣١٩ .

ثم بعد انتهائها وهي حاضنة للصغير انتقلت إلى البلد الاول، لا شيء في ذلك ، ولا تسقط حضانتها متى كانت تلك البلد هي بلدها .

أما إذا كان عقد الزواج قد تم في بلد غير بلدها ، فلا يجوز لها الانتقال إلى بلد آخر انتقل إليها الزوج ، إلا إذا رضي الأب بالانتقال ، لانه لم يوجد ما يدل على رضا الأب بحضانة الولد فيه — وأيضاً إذا أرادت الام الانتقال بالصغير إلى البلد الذي تزوجها فيه ولم تكن بلدها الأصلي ، لا يجوز لها الانتقال ، لأن هذا البلد ليس وطنها ، وحصول الزواج فيه ليس دليلاً على رضا الأب بأن تقيم فيه .

وحد القرب للبلد عند أهل الفقه ، كون الأب أو الولي في استطاعته أن يسافر إليه ، ويرى الولد ، ثم يعود إلى محل إقامته قبل دخول الليل ، وما عدا ذلك فهو بعيد .

ولم يتعرض الفقه لوسيلة الانتقال ، وما يعتبر به المكان قريباً أو بعيداً ، ويظهر أن ذلك راجع إلى العرف الذي يتعارفه أهل كل زمان ، فالعبرة في زماننا بالمواصلات السائدة ، وهو ما يسير عليه قضاة المحاكم الآن ، هذا كله إذا كانت الحاضنة هي الام .

أما إذا كانت الحاضنة امرأة أخرى غير الأم ، كجدة الصغير أو أخته أو خالته أو عمته فمكان الحضانة هو بلد أبي الطفل ، لا يجوز لها أن تنتقل بالمحضون إلى غيره إلا برضاه .

وللأب أن يمنعها من الانتقال إلى بلد آخر بدون رضاه ، ولو كان هذا البلد وطناً للحاضنة ، لأن جواز الانتقال للأم إلى بلدها كان بسبب العقد ، أما غير الأم فلا يوجد عقد بينها وبين أبي الطفل .

ولم يفرق الفقهاء بين البلد البعيد والبلد القريب ، إذا كانت الحاضنة غير الام .

وأجاز بعض المتأخرين انتقال غير الأم إلى البلد القريب ، وسوى بين الأم وغيرها في ذلك . استناداً إلى ما عللوا به جواز انتقال الأم إلى المكان القريب وهو أن الانتقال من الأم إلى البلدة القريبة كالانتقال إلى أحد جوانب البلدة الواحدة وعلى هذا جرى القضاء في مصر

وبالنظر في الأحكام السابقة نجد أن الحضانة تقوم على مراعاة مصلحة الصغير ، ومراعاة حق الوالدين له ، وذلك بالجمع بين حضانة الصغير بواسطة أمه أو قريباته ، وبين إشراف أبيه عليه حتى لا يضار والد ولا والدة بسبب الولد ، كما لا يحرم صغير من عطف حاضنته ورعاية أبيه .

ومن هنا قالوا : **لا يجوز لأبي الصغير** الذي هو في حضانة أمه ، أن يُخرج الصغير من البلد الذي تقيم فيه أمه ما دام في حضانتها إلا باذنها ، لأن في هذا الإخراج تفويت لحقها في الحضانة وحق الصغير ، فكان ممنوعاً من ذلك سواء كان البلد قريباً أو بعيداً، اللهم إلا إذا سقط حق الأم في الحضانة، لسبب من الأسباب ، ولم يكن في البلد الذي هي فيه من ينتقل إليه حق حضانة الصغير ، فله أن ينقله من بلد أمه إلى البلد الذي توجد فيه من لها حق الحضانة ، فإذا عادت أهلية أمه للحضانة فعليه أن يرده إلى أمه في مكانها [(١)]

ومذهب الجعفرية أنه : يمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمه بلا رضاها ما دامت حضانتها ، فإن أخذ المطلق ولده منها لتزوجها جاز له أن يسافر به إلى أن يعود حق أمه في الحضانة — وقال الشافعية والمالكية والحنابلة له السفر في الحالتين

وأيضاً مذهب الجعفرية فيما إذا كانت الأم هي التي تريد السفر بالطفل أنه ليس للأم المطلقة أن تسافر بالولد الحاضنة له قبل انقضاء العدة ، ولا بعد انقضائها

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٨٨٥ .

من مصر إلى مصر ولا من قرية إلى مصر، ولا من قرية إلى قرية إذا كان ذلك ضرراً على الولد أو الوالد ، وإن لم يتضرر أحدهما بذلك فلها الانتقال إليه بعيداً عن محل إقامته إذ حق الحضانة مختص بها ، وليس مشتركاً بينها وبين الأب.

أما غير الأم من الحاضنات فلا تقدر بأي حال أن تنتقل بالولد من محل حضانته إلا بإذن أبيه [1].

مخالفة الحاضنة لمكان الحضانة .

إذا خالفت الحاضنة ، فانتقلت بالولد إلى مكان لا يجوز لها الانتقال إليه ، فهل يسقط حقها في الحضانة أو يبقى مع هذه المخالفة ؟ إن المتتبع لأقوال الحنفية لا يجد نقلاً صحيحاً صريحاً في المسألة ، غاية ما قالوا إن الحاضنة يلزمها أن تقيم في بلد الأب ، وأنه لا يجوز لها الانتقال إلى غيره ، وأن للأب منعها من الانتقال بالصغير إلى مكان لا يجوز الانتقال إليه .

فإن هي انتقلت فعلاً ، فإن لم تكن الحاضنة زوجة لأبي الصغير ، ولا معتدة منه كان للأب أن يطلب إرجاع الولد إلى المكان الذي تجب الحضانة فيه ، فإن لم تعد كان للأب الحق في أخذ الصغير واستلامه ، وإذا تسلمه كان له أن يطلب إسقاط الأجرة عن الحضانة التي تستحقها ، أما إن عادت الحاضنة ومعها الصغير فلا ينزع الولد منها .

فإن كانت الحاضنة زوجة لأبي الصغير أو معتدة منه ، فلأبيه أن يطلب رجوع الحاضنة إلى مكان الحضانة ، وليس له أن يطلب نزع الولد منها ، أو ضم الولد إليه ، لأن الأب يمكنه أن يعيد الولد إليه بإعادة أمه إلى مسكن الزوجية ، فإذا طلب ضم الولد إليه من غير أن يطلب عودة أمه إلى مكان الزوجية ، كان قاصداً تفويت حق الأم في حضانة ولدها ، وحق الأم ثابت

---

(١) راجع الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ١٠٢ .

في الحضانة قبل الفرقة وبعدها ، لا يملك أحد إسقاطه

وقد جرى عمل القضاء المصري على هذا [١] .

وبعض القضاة يرى أن انتقال الحاضنة بالصغير يسقط حضانتها ، مستندين إلى أن النص على منع الحاضنة من الانتقال بالصغير ، يلزم منه سقوط حق الحاضنة في الحضانة ، إذا انتقلت بالصغير بدون إذن [٢] .

والرأي الراجح هو أن يسقط حق الحضانة بانتقال الحاضنة بالصغير إلى مكان لا يجوز لها الانتقال إليه ، وإن لم يذكر الفقهاء أن من شروط أهلية الحضانة

---

(١) راجع مجلة المحاماة الشرعية السنة الثالثة ص ٦٥٧ فقد قررت محكمة كرموز الجزئية في ١٠/٤/١٩٣٢ . وأيدته محكمة الاستئناف بالاسكندرية في ٢٩/٥/١٩٣٢ المبدأ الآتي : إذا انتقلت أم الصغير بولدها ولو إلى مكان بعيد فليس للأب نزعه منها ما دامت الزوجية قائمة ، لأن له عليها سلطان الزوجية وإدخالها في طاعته بضمها اليه ، وكذلك المعتدة لوجوب اسكانها بمسكن العدة .

(٢) حكمت محكمة الجمالية الشرعية في ٨ / ٨ / ١٩٢١ بأنه إذا أقامت أم الصغير في بلد غير بلد الأب وبينهما تفاوت ، وليس بلدها ، ولا معقودا عليها فيها ، فلا حق لها في حضانته ، وجاء في حيثيات هذا الحكم : « نص الفقهاء على أنه ليس لأم الصغير الانتقال من بلد الأب إلى بلد آخر بينهما تفاوت ، إلا إذا كان وطنها وعقد عليها فيه ، لا جائز أن يكون أثر مخالفة هذا الحكم الوقوع في الاثم فحسب ، لأن أحكام الحضانة أحكام عملية يراد ترتب آثارها عليها في الدنيا لمصلحة الصغير ، ولا جائز أن يكون إجبار الأم بالقوة على العودة إلى بلد الأب ، لأنها إن لم تكن زوجة ولا معتدة لأبي الصغير لا سلطان له عليها ، وإذ لم يجز إجبارها على الحضانة إلا في أحوال خاصة فعدم إجبارها على مكان خاص للحضانة أولى ، فبقي أن يكون الأثر المترتب على الانتقال نزع الولد منها حتى تعود ، وهذا هو المتعين .

وقد أيدت محكمة الاستئناف ذلك ، ومما جاء في حيثيات حكمها : أن الأم لا يجوز لها أن تنتقل إلى بلد بعيد عن بلد الأب بمسافة لا يمكنه الذهاب اليها والعودة قبل الغروب بالسير المعتاد إلا إذا كان موطناً لها وعقد عليها فيه ، ويعلم من هذا أنه لا حق لها في حضانة الصغير إذا انتقلت ، لأنه لا جائز أن يكون المراد جبرها على الاقامة ، لأنها لا تجبر على الحضانة في مثل هذه الحادثة،فضلا عن الاقامة بل يكون المراد أخذ الصغير منها، ولا يجوز أخذ الصغير منها ولها حق الحضانة » .

إمساك الصغير في مكان الحضانة ، وعدم النقلة ، لأن النص على وجوب إقامة الحاضنة في مكان الحضانة ، وإعطاء أبي الصغير الحق في منع الحاضنة من الانتقال بالصغير ، يفهم منه أن عدم الانتقال بالصغير إلى غير مكان الحضانة شرط لاستحقاق الحضانة ، وأن من لها حق الحضانة إذا انتقلت بالصغير إلى بلد لا يجوز لها الانتقال إليه يترتب على ذلك إبطال حقها في الحضانة .

ولهذا كان لأبي الصغير الحق في طلب إرجاع الولد وحده إلى مكان الحضانة ، ولو كان حقها في الحضانة قائماً مع هذا الانتقال لما كان للأب الحق في هذا الطلب ، لكن لو خالفت الحاضنة وانتقلت بالصغير لا تكون مخالفتها مسقطة لحقها في أجرة الحضانة ما دام الصغير في يدها ، لأن الأجرة تستحق في نظير القيام بتربية الصغير وتدبير شئونه ، فإذا قامت بالحضانة استحقت الأجرة نظير قيامها بهذا العمل ، وإن كانت لا تستحق الحضانة .

حق الاب في رؤية ابنه زمن الحضانة :

ليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ابنه ، سواء كانت الحاضنة هي الأم أو غيرها ، لكنها لا تجبر على إرساله إليه في منزله ، أو مكان إقامته ، إنما تؤمر بأن تخرج الصغير إلى مكان يمكن للأب أن يراه فيه .

وأيضاً ليس للأب إذا ضم الولد إليه ، أن يمنع أمه التي سقط حقها في حضانة الولد ، أو انتهت مدة حضانته عندها من رؤية ولدها ، لكن لا يجبر على أن يرسله إليها في مكان إقامتها لتراه ، بل يؤمر بأن يخرج الصغير إليها في مكان بحيث يمكنها رؤيته .

وحد المدة التي يجوز للأب أن يرى ولده ، أو الأم ترى ولدها فيها ، غير منصوص عليها صريحاً في كتب الفقه ، لكن يمكن معرفة ذلك قياساً على ما نص عليه الفقهاء أن للزوجة أن تخرج لرؤية أبويها في كل أسبوع مرة ، فكذلك تقاس رؤية الأب والأم لولدهما ، فتحدد الرؤية بمرة كل أسبوع ، لأن

المقيس عليه رؤية فرع لأصله ، والمقيس رؤية أصل لفرعه ، فاتحدت العلاقة.

ويستوي في الرؤية الأم وغيرها من أقارب الصغير كالخالة والأخت ، لكنهما يختلفان في المدة، فلا يكون لغير الأم الحق في رؤيته كل أسبوع كالأم، بل تكون لمن رؤيته في كل شهر مرة على قول غير مشهور في المذهب [1] . وعلى هذا يجري القضاء .

المدة التي تنتهي بعدها الحضانة :

تبدأ الحضانة من حين يولد الطفل ، لا فرق في ذلك بين الغلام والأنثى . أما انتهاؤها بالنسبة للغلام ببلوغه حداً يستقل بخدمة نفسه بعض الاستقلال ، وذلك بأن يأكل وحده ، ويلبس وحده ، وينظف نفسه وحده ، وقدر الخصاف من الحنفية ذلك بسبع سنين ، وقدره آخرون منهم بتسع سنين ، وإنما كانت تنتهى حضانة الغلام بذلك ، لأنه متى بلغ هذا الحد يحتاج الى التأديب ، وتحصيل العلوم والتخلق بأخلاق الرجال وآدابهم ، والأب أقدر على ذلك من الأم وغيرها من النساء ، والمفتى به في مذهب الحنفيه أن تنتهي الحضانة بسبع سنين ، لا فرق في ذلك بين أن تكون الحاضنة الأم أو غيرها.

أما بالنسبه للأنثى ، فحضانتها تنتهي ببلوغها سن المراهقة ، وقد اختلف فقهاء الحنفية في تقدير السن الذي تنتهي عنده الحضانة ، فقدرها بعضهم بإحدى عشرة سنة ، وقدرها بعضهم بتسع سنين ، سواء كانت الحاضنة هي الأم أو الجدة أو غيرها ، فيما نقل عن محمد بن الحسن .

وفي ظاهر الرواية عند الحنفية يفرق بين حضانة الأم أو الجدة، وحضانة غيرهما ، فإن كانت الحاضنة الأم أو الجدة بقيت البنت عندها حتى تبلغ مبلغ النساء ، وإن كانت الحاضنة غيرهما بقيت عندها إلى سن المراهقة ، وهي تسع سنين على المفتى به ، والراجح والمفتى به ما ذهب اليه الإمام محمد .

---

(١) ابن عابدين جـ٢ ص ٨٨٢ الفتاوى الهندية جـ١ ص ١٢١ . الزيلعي جـ٣ ص ٥٨

والسر في هذه التفرقة بين الغلام والبنت أن الغلام كما بينا أن الغلام بعد أن يستغني عن خدمة النساء يكون في حاجة إلى تربية وتأديب وتعليم، وتلك مهمة الرجال. فلهم القدرة على ذلك عن النساء، أما البنت فهي بعد حد الاستغناء، في حاجة إلى تدريب على مهام المرأة في بيتها ، من تدبير المنزل وتنظيمه وتعويد على محاسن آداب النساء ، فإذا هي بلغت أو كادت ، كانت في حاجة إلى صيانتها ورعايتها ، والمحافظة على سمعتها وكرامتها ، ولا شك أن الرجال على ذلك أقدر من النساء فتنتقل إلى أبيها وتضم إليه أو إلى وليها .

وقال الشافعية : ليس للحضانة مدة معلومة ، بل يبقى الطفل عند أمه ، حتى يميز ويمكنه أن يختار أحد أبويه ، فإذا وصل إلى هذه المرحلة يخير بين أمه وأبيه ، فإن اختار الولد الذكر أمه مكث عندها في الليل ، وعند أبيه في النهار كي يقوم بتعليمه ، وإذا اختارتها الأنثى تستمر عندها ليلاً ونهاراً ، وإن اختار الطفل الأب والأم معاً أقرع بينهما ، وإذا سكت ولم يختر أحداً منهما كان للأم .

وقال المالكية : مدة حضانة الغلام من حين الولادة إلى أن يبلغ ، والأنثى حتى تتزوج .

وقال الحنابلة : مدة الحضانة سبع سنين للذكر والأنثى ، وبعدها يخير الطفل بينهما ، ويكون مع من يختار منهما .

وقال الامامية الجعفرية: مدة الحضانة للأم على الصغير الذكر مدة الرضاع أي سنتان. وعلى الصغيرة البنت إلى سبع سنين. وبعد ذلك يكون الأب أحق بها ، إلى أن تتم الأنثى تسع سنين ، والذكر خمس عشرة سنة فيكون لها حق اختيار أحد الأبوين . قال الحلي في الأحكام الجعفرية ، ولا شك أن قول الامامية ذلك مقيد بعدم الضرر على الطفل بأخذه من الام بعد السنتين أو السبع ، وعلى كل حال إن لم يطلبها الأب بعد المدة يجبر على أخذها إذا

أبت الأم بقاءهما عندها ، أو كان في بقائها عندها ضرر عليها [١]

هذا وقد كانت المحاكم تسير على أن مدة الحضانة تنتهي ببلوغ الغلام سبع سنين والأنثى تسع سنين . ثم صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فنص في مادته العشرين على أن :

« للقاضي أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع ، وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة ، إذا تبين أن مصلحتهما تقتضي ذلك [٢] »

والسنة التي تحتسب بها المدة هي السنة القمرية ، لأن هذا هو الأصل الذي تقدر به السنين في الأحكام الشرعية ، ما لم ينص على خلاف ذلك .

فإن كان بالصغير أو الصغيرة عاهة من جنون أو عته أو مرض ، يترتب عليها عدم تمكنه من الاستغناء عن خدمة النساء بعد بلوغه السن المنهية للحضانة ،

---

(١) راجع الأحوال الشخصية للشيخ مغنيه ص ٩٥ ، ٩٦ ، والأحكام الجعفرية للأحوال الشخصية ص ٩٨ ، ص ١٠١

(٢) وجاء في المذكرة الايضاحية لهذا القانون ما يلي : جرى العمل إلى الآن على أن حق الحضانة ينتهي عند بلوغ الصغير سبع سنين ، وبلوغ الصغيرة تسعاً ، وهي سن دلت التجارب على أنها قد لا يستغني فيها الصغير والصغيرة عن الحضانة، فيكونان في خطر من ضمهما إلى غير النساء، خصوصاً إذا كان والدهما متزوجاً بغير أمهما ، ولذلك كثرت شكوى النساء من انتزاع أولادهن منهن في ذلك الوقت .

ولما كان المعول عليه في مذهب الحنفية ، أن الصغير يسلم إلى أبيه عند الاستغناء عن خدمة النساء ، والصغيرة تسلم اليه عند بلوغ حد الشهوة، وقد اختلف الفقهاء في تقدير السن التي يكون عندها الاستغناء بالنسبة للصغير ، فقدرها بعضهم بسبع سنين ، وبعضهم قدرها بتسع ، وقدر بعضهم بلوغ حد الشهوة بتسع سنين ، وبعضهم قدره بإحدى عشرة ، ورأت الوزارة أن المصلحة داعية الى أن يكون للقاضي حرية النظر في تقدير مصلحة الصغير بعد سبع، والصغيرة بعد تسع، فان رأى مصلحتهما في بقائهما تحت حضانة النساء قضى بذلك إلى تسع في الصغير، وإحدى عشرة في الصغيرة ، وإن رأى مصلحتهما في غير ذلك قضى بضمهما إلى غير النساء » .

فلا ينزع من حاضنته بل يبقى عندها ، حتى يستغنى عن خدمة النساء على الصحيح من المذهب .

ويرى بعض المتأخرين من الحنفية أن الولد إذا بلغ السن المحدود لانتهاء حضانة النساء حكم بانتهاء الحضانة ، سواء كان يستطيع الاستغناء عن خدمة النساء أو لا يستطيع ذلك لعتة أو جنون أو غيرهما [1] .

وإنما كان هذا ، لأن المقصود من الحضانة أو الضم إلى الولي ، هو النظر الى الولد ورعاية مصلحته ، فإذا كان الولد في حالة لا يستغنى فيها عن خدمة النساء ، كان من مصلحته أن يبقى عند حاضنته إلى أن يصل الى درجة يستطيع الاستغناء عنها .

ولما كانت الرواية الظاهرة في المذهب لم تحدد سناً معينة لانتهاء الحضانة ، وإنما المدار في انتهائها على استغناء الولد عن خدمة النساء ، فإذا كان الولد لا يستغني عن خدمة النساء فلا يحكم بانتهاء الحضانة .

وإذا حكم بانتهاء الحضانة ، ثم تبين أن الولد في حاجة الى خدمة النساء حكم بإعادته إلى حاضنته ، لأن الواجب الرجوع إلى المناط في ثبوت هذا الحق وهو وهو الحاجة إلى خدمة النساء ، فإذا بلغ الطفل السن المحددة لانتهاء الحضانة ، ولم يصل إلى درجة من الإدراك يستطيع معها الاستغناء عن خدمة النساء يبقى هذا الحق ، لبقاء المناط وهو الحاجة إلى خدمة النساء ، فإذا زالت هذه الحاجة زال هذا الحق .

---

(١) مجلة المحاماة الشرعية السنة الرابعة ص٦٩ – وعلى الرأي الأول عمل القضاء فقد حكمت محكمة طنطا الجزئية في ١٩٣٢/٥/٥ وأيد استئنافيا بأن الصغير إذا تجاوز سن الحضانة معتوها بقي عند حاضنته ، فإذا كان قد سلم لوليه أعيد إليها وكذلك حكمت محكمة المنصورة الابتدائية في ١٩٣٠/٣/٢٠ بأن المعتوه يبقى عند الأم وان تجاوز سن الحضانة ، وذلك لأن العته نوع من المرض . والمعتوه لا يستغنى عن الحاضنة بل يكون احتياجه إليها أشد ، فالقول ببقائه مع الأم وإن تجاوز السن أقوى مدركا ، وأقرب موافقة لحكمة الحضانة المبنية على النظر للصغير فهو أولى بالاتباع .

ضم الصغير والصغيرة بعد انتهاء الحضانة :

عندما تنتهي مدة حضانة النساء، تبدأ مرحلة أخرى هي ضم الولد إلى الولي على النفس، ويثبت الحق في هذا لعصبة الولد من الرجال، يقدم الأقوى عصوبة على غيره على حسب الترتيب السابق في حضانة الرجال .

وهذا الأمر حق للولد غلاما كان أو بنتا، ولهذا يجبر العاصب عليه بعد انتهاء مدة حضانتها، وما سبق من الشروط في حضانة العاصب من الرجال يشترط كذلك فيمن له ضم الصغير، فمن لا يثبت له حق الحضانة، كابن العم بالنظر إلى بنت عمه لا يكون كذلك له حق ضمها، لأنه غير محرم لها

وتبدأ مرحلة الضم من حين انتهاء حضانة النساء، وتنتهي ببلوغ الولد عاقلا مستغنيا عن النساء، ولا خيار للولد عند الحنفية غلاما كان أو أنثى فينزع من الأم، ويأخذه الأب لأن الصغير قاصر العقل، فربما يختار من عنده يتمكن من اللعب، وقد صح أن الصحابة لم يخيروا .

فإذا انتهت مدة الحضانة، ولم يكن للمحضون « الغلام أو البنت » أحد من العصبة الذين لهم حق الضم وأهليته، ولم يكن هناك وصي يمكن أن يسلم إليه الغلام، فإنه يبقى عند حاضنته حتى يرى القاضي ما هو الأصلح له، وكذلك الأنثى إذا كان العاصب غير محرم لها، فالقاضي أن يبقيها لدى الحاضنة حتى يختار لها شخصا أمينا ليضمها عنده .

وفي مرحلة الضم يبقى الغلام عند أبيه أو جده، أو عند من له حق الضم بعدهما إن لم يكونا موجودين أو لم يكونا أهلا لذلك، فيقوم برعايته وتأديبه وتعليمه، ويجوز له أن يدفع الغلام لمن يعلمه صناعة يتكسب منها وينفق عليه من كسبه . أما الانثى فانها تبقى عند صاحب حق الضم، لكنه ليس له أن يدفعها للتكسب من صناعة أو خدمة بحيث تختلط فيها بالرجال لأن ذلك يخل بواجب حفظها وصيانتها، ولأن المستأجر يخلو بها وذلك سيء في

الشرع ، ويصح أن يسلمها إلى أمينة تعلمها ما يلزم المرأة من شئون المنزل ، وتدبير أموره ، وتعلمها حرفة كتطريز وخياطة

فإذا بلغ الغلام مبلغ الرجال ، ببلوغه خمسة عشرة سنه ، أو بظهور علامة من علامات البلوغ الطبيعية ، وكان عاقلا مأموناً على نفسه ، لم يكن لأبيه ولا لغيره ممن له حق الضم سبيل عليه ، بل يكون مخيراً في الإقامة مع أبيه أو مع أمه ، والإقامة بعيداً عنهما – فإن لم يكن مأموناً على نفسه فانه يبقى في حالة الضم كما كان جبراً عليه .

أما البنت إذا بلغت مبلغ النساء ، فان كانت بكراً ، فانها تستمر في مرحلة الضم ، ولو كانت مأمونة على نفسها ، ما دامت شابة يخشى عليها من الفتنة بالرجال .

فإن كبرت سنها وعهد فيها حسن الرأي والعفة فليس لأبيها وغيره أن يجبرها على البقاء عنده ، فإن تزوجت صار حق إمساكها لزوجها ، وتنتهي مرحلة الضم بالنسبة إليها .

هذا ولم يحدد الحنفية سن الكبر . والذي يبدو من كلامهم ومن تعريف المسن لغة أن المرأة تكون مسنة إذا صارت عجوزاً لا يرغب فيها الرجال .

فإن كانت الأنثى ثيباً فإنها لا تجبر على البقاء عند أبيها أو غيره من الأولياء إلا إذا كانت غير مأمونة على نفسها [1] – والجد كالأب فيما ذكر من

---

(١) القضاء الجزئي ص ٢٥٥ .

وقد قضت محاكم الأحوال الشخصية بذلك . فمن ذلك قضاء محكمة مصر الابتدائية في ١٩٣٢/٦/٢٣ أن الأب إذا لم يذكر سبباً لخشية الفتنة على ابنته البالغة الثيب واعترف باستقامتها وكان طلب ضمها قد جاء بعد فرض نفقتها لايجاب إلى ذلك .

وكذلك قضت محكمة الخليفة في ١٠/ ٢ / ١٩٤٥ بأن البكر متى بلغت مبلغ النساء وكانت حديثة السن فللأب ولكل عصبة أمين حق ضمها إليه ، وإن كان لا يخاف عليها الفساد ، وهذا الحق ثابت للولي ما دامت لم تتزوج ، فاذا تزوجت فقد بطل هذا الحق وإن لم يدخل بها زوجها ، إذ أن بقاء هذا الحق للأولياء مع تزوجها يبطل حق الزوج في طاعة الزوجة كما يوجب انعدام أثر الزوجية .

أحكام البكر والثيب والغلام - وإن لم يكن للأنثى أب ولا جد ولكن كان لها عم أو أخ فله ضمها إليه إن لم يكن مفسداً . فإن كان مفسداً لا يمكن من ذلك .. وكذلك الحكم مع كل عصبة ذي رحم محرم منها .

فإن لم يكن لها أب ولا جد ولا غيرهما من العصبات أو كان لها عصبة مفسد فالنظر فيها إلى الحاكم فإن كانت مأمونة مكنها من الانفراد بالسكنى ، وإلا وضعها عند امرأة أمينة قادرة على الحفظ بكراً كانت أو ثيباً [١] .

وإذا بلغ الصغير أو الصغيرة معتوهاً ، وانتهت سن حضانته، يكون الحق للأب أو غيره من العصبات المحارم في ضمه إليه ، باعتباره ولياً على نفسه ، أما إذا بلغ عاقلاً ثم أصيب بالعته ، فإن الولاية لا تعود لوليه العاصب قياساً، بل تعود إلى القاضي وفي الاستحسان تعود إلى الولي العاصب ، كما تعود الولاية على ماله [٢] إلى من كانت له ، وعند الجعفرية إذا بلغ الولد معتوهاً أو مجنوناً تستمر ولاية أبيه عليه في النفس وفي المال ، وإذا بلغ عاقلاً ثم جن عادت إليه ولاية أبيه في قول ، والأصح أن الولاية عليه تكون للحاكم .

---

(١) ابن عابدين ج ٢ ص ٨٨٢ .

(٢) على أن في المذهب الحنفي قولاً ببقاء من بلغ معتوهاً بين حاضنته وهذا ما نراه في أحكام القضاء المصري لأسباب جديرة بالتقدير . ففي حكم محكمة طنطا الكلية بتاريخ ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ ما يقرر هذه القاعدة . « الصغير إذا تجاوز سن الحضانة معتوهاً بقي عند حاضنته، فإذا كان قد سلم لوليه فعلاً أعيد إليها » (المحاماة الشرعية السنة الرابعة ص ٦٩) .

الحق الرابع

نفقة الأقارب

النفقة لغة ما يبذله الانسان من الدراهم فيما يحتاجه هو أو غيره وفى الاصطلاح : هي الادرار على شخص أو شيء بما فيه بقاؤه [١] .

والأقارب لغة جمع قريب وهي عشيرة الانسان الأدنون وفى الاصطلاح فعند الحنفية هم ذوو الرحم المحرم من غير الأصول والفروع . أما عند غير الحنفية كل من يتصل بالانسان برابطة النسب سواء أكان أصلا أم فرعا أم غير ذلك .

أسباب وجوب النفقات :

للنفقة أسباب ثلاثة : الزوجية الصحيحة — والقرابة ، والملك ، وقد تقدم الكلام عن نفقة الزوجية .

أما القرابة : فتجب بمقتضاها النفقة للفروع على الأصول ، وللأصول على الفروع ، ولغير هؤلاء وأولئك من ذوى الرحم المحرم أو الوارثين بصفة عامة بسبب فقرهم وحاجتهم على خلاف بين الفقهاء فيمن تجب له نفقة من هؤلاء ومن لا تجب له .

أما الملك فتجب بمقتضاه النفقة للرقيق والبهائم .

أما الرقيق فلعل سبب النفقة لهم هو الحبس بالملك ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم « اخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس» [٢] .

---

١ — المصباح المنير ح ٢ ص ١٣٥ — رد المحتار على الدر المختار ح ٢ ص ٥٧٢ .

٢ — الحديث رواه البخارى ومسلم راجع نيل الاوطار ح ٧ ص ٤

أما البهائم فان سبب وجوب النفقة لهم هو الحبس أيضا ، قال ﷺ « عذبت امرأة فى هرة سجنتها حتى ماتت فدخلت فيها النار لا هي أطعمتها وسقتها إذ حبستها ولا هى تركتها تأكل من خشاش الأرض » فالسبب الذى أوجب العذاب هو الحبس .

موازنة بين نفقة الزوجة ونفقة الاقارب

من يتأمل نفقة الزوجة و نفقة الأقارب يجد أنهما يتفقان فى بعض الأحكام ويختلفان فى البعض الآخر .

فما تتفقان فيه على اختلاف فى المذاهب :

١ — أن الحنفية [١] يرون أن نفقة الأقارب والزوجية وإن كانت واجبة لا تعتبر دينا صحيحا تثبت فى ذمة من تجب عليه إلا بالتراضى أو بقضاء القاضى أى من وقت اتفاق من تجب له مع من تجب عليه على مقدارها لكن إذا وقع التراضى أو حكم القاضى فانها تصير دينا ثابتا فى الذمة — لكن الشافعية يفرقون فى هذا بين نفقة الزوجة و نفقة الأقارب فقالوا إن نفقة الزوجة تصير دينا فى ذمة الزوج من وقت استحقاق الزوجة لها إذا ما دخلت فى طاعته حقيقة أو حكما ولا يسقط وجوبها فى الذمة إلا بالأداء أو الإبراء.

ويرى الحنفية [٢] كذلك أن كلا من نفقة الزوجية و نفقة الأقارب عندما تكون دينا صحيحا يثبت فى الذمة من وقت قضاء القاضى بها أو حصول التراضى عليها فانها لا تعد دينا قويا ، لا يسقط إلا بالأداء أو الابراء فحسب بل تكون دينا ضعيفا يسقط بذلك وبأسباب أخرى غيرها . فنجد أن نفقة

---

١ — رد المحتار جـ ٢ ص ٦٠٩ .

٢ — البحر الرائق جـ ٤ ص ٢٩٤

الزوجة المقضى بها أو المتراضى عليها تسقط بنشوزها أو بسبب موتها أو موت الزوج . و نفقة الأقارب تسقط بسبب الموت و بمضى المدة فيما عدا نفقة الصغير .

ويخالف الحنفية الشافعية و المالكية [١] فيما يتعلق بنفقة الزوجة المحكوم بها أو المتراضى عليها حيث يرون أنها تعتبر دينا قويا .

٣ ـ يذهب الشافعية و الحنابلة [٢] إلى أن كلا من نفقة الزوجة و الأقارب تتقدر على حسب الكفاية لأن الأصل فيها أن تكون تموينا حتى لا يجوز طلب اعتياض عنها بالنقود إلا بتراضى الطرفين عليها .

أما الحنفية [٣] فانهم يفرقون بين نفقة الزوجة و الأقارب فقالوا إن نفقة الزوجة تكون بحسب حال الزوج من اليسار أو الإعسار أو بحسب حال الزوجين معا على خلاف داخلى فى المذهب . أما نفقة الأقارب فلكونها صلة محضة فانها تتقدر بحسب الحاجة ، لا تزيد عن ذلك بصرف النظر عن حال من تجب عليه من قلة اليسار أو كثرته ، بخلاف نفقة الصغار الواجبة على أبيهم فانه يراعى فى تقديرها حال الأب إلى جانب حال الصغار .

و تختلف نفقة الزوجة مع نفقة الأقارب فيما يلى :

١ ـ من حيث الوجوب نفقة الزوجة واجبة على الزوج حتى و لو كانت الزوجة موسرة ، أما الأقارب فلا تجب النفقة لهم إلا عند الحاجة .

---

١ — تحفة المحتاج جـ ٨ ص ٣ . والخرشى جـ ٢ ص ١٩٠ .

٢ — المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٢٣١

٣ — البحر الرائق جـ ٤ ص ١٩٤ .

٢ ـ المعسر ينفق على زوجته وأولاده الصغار فقط : الزوجة لاحتباسها من أجله ، والصغار لعجزهم عن العمل .

٣ ـ الفقير إذا كان قادرا على التكسب عليه أن يعمل وينفق على زوجته وفروعه وأصوله بخلاف غير هؤلاء من الأقارب فلا يلزمه نفقتهم .

٤ ـ في حالة اختلاف الدين لا نفقة إلا للزوجة والأصول والفروع أما بقية الأقارب فلا نفقة لهم ، إلا أن الحنابلة في هذه الحالة لا يوجبون النفقة للأصول والفروع كبقية الأقارب [1] .

مكونات النفقة :

يتفق الفقهاء على أن نفقة القريب على قريبه ـ مهما اختلفوا ـ في تحديد القرب الذى تجب له النفقة ـ إنما تكون لسد حاجته أي أن أساس نفقة الأقارب إنما هو مراعاة الكفاية بسد الحاجة.

وحاجة الإنسان لا تقتصر على عنصر واحد بل هي تتعدد وتتنوع ، وحياته لا تستقيم إلا بتوفر عدد من العناصر له : الغذاء والكساء ويتبعه الفرش والغطاء والسكنى.

تلك أمور يحتاج إليها كل فرد ، وهناك عناصر أخرى يحتاج اليها بعض الأفراد دون البعض الآخر كأجرة الرضاع لا تلزم إلا للصغار في فترة الرضاع، وأجرة الحضانة لا تلزم إلا الأولاد في سن الحضانة ، والمصروفات المدرسية لا تلزم إلا للطلاب في المدارس الخاصة ، وأجرة الطبيب ، وثمن الدواء فانه

---

(١) يذكر القاضي من الحنابلة روايتين : احدهما تجب النفقة للأصول والفروع مع اختلاف الدين ، الثانية لا تجب وهي الرواية الراجحة في المذهب المغني ج ٩ ص ٢٥٩ .

لا يلزم إلا للمريض ، وأجرة الخادم لا تلزم إلا لمن لا يمكنه خدمة نفسه بنفسه .

وبناء على ذلك تكون مكونات النفقة الأساسية منحصرة في أمور ثلاثة طعام وكساء وسكنى لأنها مما لا يستغني عنها ، وهناك نفقات مختلف في وجوبها .

وهما : ١ — الخدمة لمن تجب له النفقة .

٢ — اعفاف من تجب له النفقة .

أما الخدمة :

فذهب الحنفية[1] إلى أنه يجب نفقة خادم للقريب المحتاج سواء في ذلك نفقة الولاد أو غير نفقة الولاد ، بشرط أن يكون من تجب له النفقة محتاجا إليه ، والحاجة تشمل من لا يتعود على قضاء حاجته بنفسه كأبناء العائلات الكبيرة أو موظف ذى مكانة عالية ، وكون القريب في حاجة إلى الخدمة محله أن يكون مريضا أو شيخا أو ما شابه ذلك .

والمذهب المالكى يرى أن الخدمة من تمام النفقة ، ولذلك أوجب فقهاء هذا المذهب على الولد الموسر أن يخدم أبويه المعسرين بخادم تمليكا أو اخداما — كذلك يلزم الولد نفقة خادم زوجة أبيه إذا كانت أهلا للاخدام ولو بأكثر من خادم — أما خدمة الولد فهناك قولان في المذهب في إخدام الولد من قبل الأب[2] أرجحها أن الأب لا يلزم خادم الابن .

---

(١) بدائع الصنائع ح ٤ ص ٣٨ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ح ٢ ص ٤٦٥ ، ٤٨٣ أقرب المسالك ح ١ ص ٤٨٨

والمذهب الشافعى اكتفى بالإشارة إلى أن نفقة الخادم واجبة عند الحاجة دون تفصيل [١] — أما المذهب الحنبلى [٢] فاذا احتاج القريب إلى الخدمة وجب اخدامه، ويكون من تمام كفاية نفقة المحتاج .

والرأى الراجح أن نفقة الخادم تجب لمستحق النفقة على من عليه الانفاق إذا احتاج اليها، لأنها تكون من جملة الكفاية التى هى مناط نفقة الأقارب .

والبعض قيد ذلك يكون المنفق عليه مريضا أو شيخا أو ما أشبه ذلك والبعض الآخر أوجب نفقة الخادم، وإن لم يكن المنفق عليه محتاجا اليها.

المسألة الثانية : الاعفاف

المذهب الحنفى الراجح عندهم وهو المنسوب الى أبى حنيفة عدم لزوم تزويج الأب إلا إذا كان الأب مريضا ذا زمانة يحتاج معها إلى الخدمة لزم أباه اخدامه، أما إذا كان للأب الفقير زوجة فعلا وهو عاجز عن الانفاق عليها، فالمذهب عدم وجوب نفقتها إلا إذا كان بالأب علة .

وفى رواية عن أبى يوسف وجوب النفقة مطلقا مع العلة أو بدونها وإذا تعددت الزوجات للأب فعلى الابن نفقة واحدة منهن فقط يدفعها الى الأب، والأب يوزعها عليهن .

ومذهب المالكية يجب على الولد أن يعف أباه بزوجة واحدة أو بأكثر حتى يحصل الاعفاف، ويلزم بالانفاق على من يحصل بهن العفاف، أما إذا كان عند الأب أكثر من واحدة وكلن من بينهن أم الولد تعينت الأم وحدها

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٢٦٦ .

(٢) المغنى لابن قدامة [illegible] ص ٢٧٢

للانفاق إن كانت تعف ، الأب وإلا تعينت الزوجة التى تقوم بالاعفاف ، ووجبت عليه نفقة الأم بالقرابة [١] .

والشافعية [٢] يجعلون الاعفاف حقا للأصول فقط تلتزم به الفروع فهم يوجبون على الفروع نفقة زوجة الأصل ان احتاج الى الزواج .

وينفرد الحنابلة عن بقية المذاهب الاسلامية فيتوسعون فى إعفاف القريب إذ يجعلونه حقا لكل قريب تجب له النفقة بشرط أن يكون محتاجا الى الاعفاف سواء كان هذا القريب من فروعه كالابن وابن الابن وان نزل أومن أصوله كالأب والجد وإن علا أو من غير الأصول والفروع كالأخ والعم ، وزادوا على ذلك فجعلوا الإعفاف حقا للنساء يلتزم به من تجب عليه نفقتهن إذا طلب النسوة ذلك وتقدم لهن الرجال الأكفاء ، فقالوا فى الأم إن إعفافها واجب كالأب إذا طلبت هذا الاعفاف وخطبها كفؤها [٣] .

وإذا وجب على المنفق إعفافه وجب عليه أن ينفق على الزوجة التى حصل بها الاعفاف لأنه بغير ذلك لا تستقر الزوجية فلا يستمر الاعفاف .

والذى يترجح هو مذهب الحنابلة لأنه أكثر مرونة واتساعا فى هذا المجال لأن الإنسان يستضر بعدم الزواج إذا تاقه وهو يشبه الطعام وغيره من مفردات النفقة متى تحصل بها الكفاية ، والتفرقة بين قريب وقريب فى وجوب الاعفاف أمر لا مبرر له .

---

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك جـ ١ ص ٤٨٨ ، الخرشى جـ ٣ ص ٢٤٢ .

(٢) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٢٦٤ .

(٣) المغنى لابن قدامه جـ ٩ ص ٢٦٢ .

من تجب له نفقة الأقارب

اتفق الفقهاء على وجوب النفقة للأولاد الصغار الذين لا مال لهم على أبيهم — وعلى وجوبها للأب المعسر على أولاده الموسرين وذلك لورود ما يفيد وجوبها في القرآن الكريم، ولكن اختلفوا في مدى هذه القرابة الموجبة للانفاق على الوجه الآتى :

مذهب المالكية

ذهب مالك الى أن النفقة تجب على الولد الموسر لأبيه المباشر، ولأمه التى ولدته خاصة، إذا كان الأبوان معسرين .

كما تجب على للأولاد الصلبيين على الأب وحده، فتجب للابن حتى يبلغ، وللبنت حتى تتزوج .

أما الأم فلا تجبر على نفقة أى من أبنائها .

وكل هؤلاء تجب النفقة لهم وعليهم مع اختلاف الدين واتفاقه .

ولا يجبر الولد على الإنفاق على جده وجدته لأبيه أو لأمه، وإن علوا — ولا يجبر الرجل على نفقة ابن ابنه أو بنت ابنه وإن سفلا، وكذا بقية الأقارب، فلا نفقة لأخ ولا أخت ولا عم ولا عمة، ولا خال ولا خالة، ولا أحد من الأقارب إليه سوى ما ذكر — إذ النفقة عند الإمام مالك مقصورة على عمود النسب على الوالدين المباشرين والأولاد الصلبيين(١) .

مذهب الشافعية :

أن النفقة تجب للأصول وهم الوالدان والأجداد والجدات وإن علوا — كما

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٥٢٢ .

تجب للفروع وهم الأولاد ، وأولاد الأولاد ، وإن نزلوا ـ فهو يوجب النفقة فى عمود النسب من غير تقييد بدرجة لا فرق بين أن يكونوا وارثين أو محجوبين أو محرومين ـ أما غير هؤلاء من بقية الأقارب فلا تجب لهم النفقة (١) .

مذهب الحنفيه: أن النفقه تجب للأصول على فروعهم وإن بعدوا كما تجب للفروع على أصولهم وإن نزلوا ، وفضلا عن هؤلاء تجب لغيرهم من قرابة ذوى الرحم المحرم فقط ، فان لم يكن محرما فلا نفقه لغيره عليه ولو كان وارثا كابن العم ـ فالنفقه عندهم تجب فى قرابة (٢) الولاد وغير الولاد المحرمة للنكاح ، ولا تجب فى القرابة غير المحرمة . فمناط النفقة فى غير الأصول والفروع القرابة المحرمية أو القرب والجزئية دون الإرث .

مذهب الحنابلة :

تجب النفقة للأصول على الفروع وإن علوا ، وللفروع على الأصول وإن نزلوا سواء أكانوا وارثين، موافقين فى الدين أم مخالفين على إحدى الروايتين عن الإمام أحمد .

كما تجب لكل قريب معسر من غير الأصول والفروع على قريبه الموسر إذا كانت ملتهما واحدة ، وكانا يتوارثان بفرض أو تعصيب ـ أما ذوو الأرحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب كالخالة والعمه فلا نفقه لهم .

واختار شيخ الإمام ابن تيمية رواية أخرجها أبو الخطاب من الحنابلة : أن النفقة تلزمهم عند عدم العصبات وذوى الفروض ، لأنهم وارثون فى تلك

---

(١) نهاية المحتاج حـ ٧ ص ٢١٨ ، المهذب حـ ٢ ص ١٦٦ .

(٢) القرابة عند أبى حنيفة قرابة ولاد، وقرابة غير ولاد والثانية نوعان: محرمة للنكاح كالأخوة والعمومة والخئولة ـ وغير محرمة للنكاح كبنى الأعمام .

الحال . أما عمود النسب فذكر القاضي ما يدل على أنه يجب الإنفاق عليهم سواء كانوا ذوي أرحام كالأب لأم وابن البنت أو من غيرهم، وسواء كانوا محجوبين أو وارثين (١) .

ومذهب الظاهرية :

ذهب ابن حزم إلى أن نفقه الأقارب تجب للأصول وللفروع وللأخوة والأخوات وللزوجات في المرتبه الأولى ، ويسوى بينهم في إيجاب النفقه ولا يقدم منهم أحد على أحد ، ثم لذوي الرحم المحرم ، وللموروثين في المرتبه الثانية إن كانوا محتاجين ولا عمل بأيديهم .

ويقرب من هذا الرأي ما ذهب إليه ابن القيم : فقد قال في زاد المعاد : فالنفقه تستحق بشيئين ١ ـ بالميراث بكتاب الله . ٢ ـ بالرحم بسنة رسول الله ﷺ (٢) .

الأدلــة :

١ ـ إستدل مالك بالكتاب والسنه : أما الكتاب فقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعـة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعهـا لا تضار والدة بولدها ولا مولوود له بولده ، وعلى الوارث مثل ذلك » (البقرة / ٢٣٣) وقــوله تعالى « وبالوالدين إحسانا » (الاسراء / ٢٣) ـ فهـذه النصوص دلت على وجوب نفقه الأقارب . إنمـا اقتصرت على الوالدين والمولود . وهـو الولد الصغير غير البالغ. فيجب العمل بهذا النص على ظاهره بالنسبه للابن . وكذا البنت بعد بلوغهـا إذا كانت بكراً .

(١) المغني جـ ٩ ص ٢٦٠

(٢) زاد المعاد لابن قيم الجوزية جـ ٤ ص ١٦٦ .

ومن السنة حديث عائشة رضى الله عنها أن هنداً امرأة إبى سفيان قالت : يا رسول الله أن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى ما يكفينى وولدى إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » - وقوله ﷺ يقول لك والدك إلي من تكلنى الحديث: « وما روى أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال إن لى مالا وأن والدى يحتاج مالى فقال : أنت ومالك لوالدك أن أولادكم من كسبكم كلوا من كسب أولادكم » . فقد أفادت هذه الأحاديث وجوب النفقة للأولاد الصلبيين . ووجوبها للأب ، وتقاس الأم على الأب فى ذلك .

وحيث لم يرد نص يدل على وجوبها لغير هؤلاء من الأقارب فيجب أن نقف عند ذلك فلا توجبها لغيرهم قياسا على وجوبها لهم بجامع القرابه فى كل، وذلك لعدم استوائهم معهم في قوة القرابة .

ولكن قد يناقش ذلك بأنه وردت أدلة صريحة توجب النفقة لغير هؤلاء من الأقارب . بل أن القرآن قد ورد فيه ما يدل على وجوب النفقة للأقارب بصفة عامه .

واستدل الشافعيه لمذهبهم بما استدل به المالكيه غير أنهم يزيدون بأن ولد الولد فى حكم الولد ، وأن الجد وإن علا فى حكم الأب، كما أن الجدة وإن علت في حكم الأم ، لأنهم يأخذون أحكامهم فى الميراث والعتق ورد الشهادة ، ومنع جريان القصاص على الوالد بقتل الولد وإن سفل ، فتجب النفقه لهم لأن قرابتهم كقرابة الأب الأدنى .

(١) مغنى المحتاج ﺟ ٣ ص ١٤٦ .

قالوا والدليل على أن ابن الابن وان سفل ، والجد وإن علا يدخل في مطلق الولد والوالد قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » فان لفظ الأولاد هنا عام فدخل فيه ولد البنين .

وأيضا قوله تعالى « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد » يدخل في لفظ الأبوين الأجداد ، كما أن الجد والجدة سبب في وجود الفرع وهو بعض لهما . فيجب عليه الانفاق عليهما كالأبوين المباشرين [١] .

واستدل الحنفية لمذهبهم على وجوب النفقة للأصول والفروع بالآيات والأحاديث التي استدل بها المالكية والشافعية — وهي تفيد في مجموعها وجوب النفقة للآباء والأجداد وإن علوا على أولادهم باعتبار كونهم أصلا في وجود الإنسان — كما تفيد وجوبها للأبناء وأبناء الأبناء وإن نزلوا على أبيهم باعتبار كونهم جزءا منه [٢] .

واستدلوا على وجوبها للحواشي بقوله تعالى « وعلى الوارث مثل ذلك » فان المراد بالوارث وارث الولد ويؤيده أن (أل) في الوارث كالعوض . عن الضمير المضاف اليه ، ورجوع الضمير إلى أقرب مذكور هو الأكثر في الاستعمال [٣] .

أما قصر الوجوب على ذوي الرحم المحرم فدليله قراءة عبد الله بن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك » فهذه القراءة وإن كانت شاذة غير متواترة لا تثبت بها القرآنية إلا أنه لا يمكن أن يقرأها إلا سماعا من الرسول

---

(١) تحفه المحتاج ﺟ ١ ص ٣٤٤

(٢) بدائع الصنائع ﺟ ٤ ص ٣٠ .

(٣) الهداية وفتح القدير ﺟ ٣ ص ٣٠ .

صلى الله عليه وسلم وبذلك تعتبر فى حكم السنة . ولما كانت قد اشتهرت عنه فانها تكون بمثابة الحديث المشهور ، وهو يصلح لتخصيص عموم الكتاب فتكون هذه القراءة بيانا للقراءة المتواترة .

واستدل الحنابلة على وجوب النفقة للأصول والفروع بما سبق من الآيات والأحاديث وبالاجماع الذى حكاه ابن المنذر ، وبالمعقول وهو أن ولد الانسان بعضه وهو بعض والده فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله فكذلك ينفق على بعضه وأصله .

ويجب الانفاق على الأجداد والجدات لدخولهم فى معنى الآباء ، وكذا أولاد الأولاد لدخولهم فى اسم الأولاد .

والراجح أنه قد وردت آيات توجب صلة الرحم وتذم قاطعها وتأمر بايتاء ذوى القربى حقهم . فان النفقة تجب لجميع الآباء والأمهات مهما علوا ، ولجميع الأولاد وأولاد الأولاد مهما نزلوا ، ولكل قريب وارث ولو لم يكن محرما وهو ما ذهب اليه ابن القيم .

سبب وجوب نفقة الأقارب

اختلف الفقهاء فى سبب وجوب هذه النفقة

فقال الحنفية (١) : أن سبب وجوب نفقة الفروع والأصول يختلف عن سبب وجوب نفقة الحواشى : فسبب وجود نفقه الأصول والفروع الولادة التى بها تثبت الجزئية والبعضيه بين الأصل والفرع أى الجزئية الحاصلة من كون الفروع مولودين للأصول أو بتعبير أوضح وجود الصلة العضوية بينهما التى يحرم قطعها ويجب وصلها .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٣١ ، فتح القدير جـ ٣ ص ٣٤٧

ومن أعظم وسائل الصلة الإنفاق وقت الفقر والحاجة وذلك لقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

ولما كانت جزئيه الفرع للأصل ثابته فى جميع الأحوال سواء كانا متحدين فى الدين أو مختلفين فيه فان نفقه الأصول والفروع تكون واجبة حتى مع اختلاف الدين .

أما سبب وجوب نفقه الحواشى : فهو مجموع أمرين أحدهما : أهلية الاستحقاق فى الأرث . وثانيها القرابة المحرمه للقطع الواجب وصلها ، والانفاق عند الحاجة من أعظم الوصل فيكون واجبا ، ويكون تركه سببا للقطيعة المحرمة فيكون حراما . ولا شيء أوجب للقطيعة من أن يترك المحرم القادر قريبه المحتاج بدون نفقة تسد خلته فيحرم الترك فى مثل هذه الحالة وتجب النفقة .

وإنما قال الحنفية إن السبب هو أهلية الاستحقاق فى الارث لا حقيقته لأن حقيقة الارث لا يمكن أن تكون مرادة قطعا إذ هي بموت المورث وبعد الموت لا تجب النفقة .

أما تقييد أهلية الارث بكون من تثبت له محرما فلقراءة ابن مسعود وتقدم بيان ذلك ـ ولما سبب نفقة الأقارب هو أهلية الارث مع القرابة المحرمية لا تجب هده النفقة مع اختلاف الدين لانعدام أهلية الارث معه . فلا يجب على الأخ غير المسلم النفقة على أخيه المسلم المحتاج إلى النفقة ، كما لا تجب النفقة لابن العم على ابن عمه وأن كان أهلا للإرث منه لعدم القرابة المحرمية، ولو كان أخاله من الرضاع .

ومذهب المالكية والشافعية[١] أن سبب وجوب نفقة الأقارب هو الجزئية ـ وقالوا إن نفقة الأصول والفروع مبنية على الجـزئية والبعضية ، ولهـذا لم يشترطوا اتحاد الدين بين الفروع والأصول فأوجبوا النفقـة بين المسلم وابنه وابيه الكافر .

واختلف الرأى عند الحنابلة [٢] فى سبب وجوب نفقة الفروع والأصول فقد رأى بعضهم أن سببها هو الجزئية ولذا تجب مع اختلاف الدين .

والرأى السائد عندهم أن سببها هو الجزئية مع أهلية الاستحقاق للأرث ، وعليه لا تجب للمحروم من الارث وإن كانت تجب للمحجوب .

أما سبب وجوب نفقة الحواشى فهو الارث فلا تجب لمن لا يرث .

والرأى الراجح أن سبب وجوب النفقة القرابة المحرمية وأهلية الاستحقاق فى الارث وهو ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة في غير الفـــروع والأصول أما فيها فالسبب هو الجزئية .

(١) مغنى المحتاج ـ ٣ ص ٤٤٧ — المدونة ـ ٢ ص ٢٦٣ .

(٢) المغنى ـ ٢ ص ٢٥٩ ، ٢٦٠ .

شروط نفقة الأقارب

اشترط الفقهاء شروطا فى وجوب النفقة للأقارب يتفقون فى بعضها ويختلفون فى البعض الآخر .

الشرط الأول ـ حاجة من تجب له النفقة

وهذا الشرط معلوم بالضرورة : لأن نفقة الغنى فى ماله ولا حاجة به الى غيره ، ولأن وجوب النفقة معلول باحتياج المنفق عليه .

وأيضا يجب توافر هذا الشرط فى جميع حالات نفقة الأقارب سواء أكان أساسها قرابة الولاد أو غير الولاد . وهو شرط متفق عليه بين المذاهب الأربعة .

وتتحقق الحاجة بفقر المنفق عليه — وقد اختلفوا فى تعريف الفقير الذى تجب له النفقة . فعرفه الحنفية (١) بأنه الذى يحل له أخذ الصدقة ولا تجب عليه الزكاة . ومعلوم أن الصدقة تحل لكل شخص لا يملك نصابا زائدا عن حوائجه الأصلية — وقال بعضهم الفقير القريب الذى تجب له النفقة هو المحتاج، والمحتاج هو الذى ليس عنده ما يكفى لتغطية حاجاته الأصلية كلها أو بعضها من الطعام والكسوة والسكنى — أما المذاهب الأخرى فسروا الفقير بأنه المحتاج .

أما إذا كان لطالب النفقة مقدار من المال يمكن أن يغطى نفقاته من أنواع لا تعد من جنس مفردات النفقة ، أو كان لديه قدر زائد عن حاجته من بعض الأموال مع حاجة الي البعض الآخر كمن يملك حيوانا أو عقارا يزيد عن

---

(١) حاشية الشلبى على تبين الحقائق للزيلعى حـ ٣ ص ٦٣ .

سكناه فقد قيل إنه لا يستحق نفقة فى مال الغير لأنه ليس محتاجا ، والاحتياج شرط الاستحقاق ـ وقيل إنه يستحق مع ذلك نفقة فى مال غيره ممن تجب عليهم نفقته ، لأن بيع المنزل مثلا لا يقع إلا نادرا ، ولا يمكن لكل أحد السكنى بالكراء أو بالمنزل المشترك .

والراجح هو تفسير الفقير بالمحتاج ، وهو القول الأول لأن من عنده عقاراً يزيد عن سكناه أو أثاثاً يمكن الاستغناء عن بعضه لا يقال له أنه محتاج بل يقال له بع ما تسد به حاجتك أولا ثم بعد ذلك أطلب النفقة من مال غيرك إذا جدت بك حاجة إليها .

الشرط الثانى : عجز طلب النفقة عن الكسب :

فيشترط فى طالب النفقة أن يكون عاجزا عن الكسب علاوة عن كونه فقيراً محتاجا ـ إذ لو كان فقيراً قادراً على الكسب فانه لا يستحق النفقة لأنه بقدرته على الكسب يكون مستغنيا وتكون نفقته على نفسه إذ يمكنه أن يتكسب ما يفى بحاجته .

والعجز عن الكسب يكون بعدم القدرة على القيام بعمل من الأعمال التى تكفل له تحصيل رزقه وتغطى نفقاته بما فى ذلك أدناها ، وهو القدرة على استخدام القوة البدنية على الوجه الذى يتحمل به صاحبه استخدامه فى الأعمال التى لا تتطلب مهارة أو خبرة كحمل الحقائب والأمتعة أو جلب الأحطاب أو استخدام الفأس فى الحقول .

وقد اختلفت أقوال الفقهاء فى هذا الشرط على الوجه الآتى : ـ

فالمذهب الحنفى فيه قولان أحدهما وجوب نفقة الأصل الأب والجد وإن علا سواء أكان من جهة الأب أم من جهة الأم على الابن ما داموا فقراء ،

ولو كانوا قادرين على الكسب ، لأن فرض نفقة الأب على الابن لا يلزم فيها أن يكون الأب زمنا بل يكفى فى ذلك مجرد فقره ، ولو كان قادرا على العمل . وذلك نظرا لحرمته وتوصية الشرع بإكرامه .

وثانيهما : أن الأب القادر على الكسب لا تجب له النفقة على ولده لأنه يعتبر غنيا بكسبه ، ولا تكون به حاجة إلى إنفاق غيره لأن غناه بكسبه يكون بغناه بماله . ولكن استثنى بعض الأحناف من شرط العجز عن الكسب من كان من ذوى البيوتات ممن يلحقهم العار بالعمل والتكسب ، أو لا يجدون من يستأجرهم ، والمفروض أنه لا مال لهم فأوجبوا النفقة حينئذ .

وبعض المتأخرين منهم أيد الرأى الأول ورد على هذا المذهب : بأن ذلك لم يكن عارا فى زمن الصحابة بل يعدونه فخرا ، بخلاف من بعدهم ألا ترى أن الخليفة بل من دونه فى زمننا لو فعل ذلك يسقط من أعين رعيته فضلا عن أعدائه (١) .

ومذهب المالكية : أن الفقر وحده لا يكفى لاستحقاق الأولاد النفقة بل لابد مع ذلك من العجز عن الكسب بصفة لا تزرى بهم ، فاذا كان الولد قادرا على الكسب بوسيلة لا معرة فيها فغناه فى كسبه ، وإن كان له مال ولكنه ضاع قبل البلوغ ولم يقدر على العمل أو قدر ولكن كسدت تجارته فنفقته على أبيه ـ أما الوالدان فيشترط فقرهما . وفى اشتراط عجزهما عن الكسب خلاف .

ومذهب الشافعية أن المطالب بالنفقة يجب أن يكون معسرا عاجزا عن الكسب لعدم البلوغ أو للكبر أو الجنون أو الزمانة أو لكونه لا يحسنه أو لكونه لا يليق به أو نحو ذلك استحق النفقة على قريبه لأنه محتاج لعدم المال

(١) الدر وحاشيته جـ ٢ ص ٨٦٦

ولعدم الكسب — وان كان قادرا على الكسب للصحة والقوة لكن لم يكتسب فان كان من الوالدين ففيه قولان : أحدهما أنه يستحق لأنه محتاج ، فاستحق النفقة على ولده ، ولا يكلف كسبا لعظم حرمة الأصل — وثانيهما لا يستحق لأن القوة كاليسار ، ولهذا سوى الرسول عليه السلام بينهما فى تحريم الزكاة فقال : لا تحل الصدقة لغنى ولا لذى مرة قوى — ومحل القولين إذا لم يشتغل بمال الولد ومصالحه وإلا وجبت نفقته جزما .

وإن كان من المولودين فمن أصحاب المذهب من قال فيها قولان كالوالدين، ومنهم من قال بالتفرقة بين الأصول والفروع وهو الأظهر (١) .

أما المذهب الحنبلى فيشترط فى المنفق عليه أن يكون فقيرا لا مال له ولا كسب يستغنى به عن انفاق غيره عليه ، فان كان موسرا أوله كسب يكفيه فلا نفقه له ، وإن لم يكف وجب إكمالها له . وتجب نفقة من لا حرفة له ولو كان صحيحا مكلفا ، ولو من غير الوالدين — فان كانت له حرفة لم تجب نفقته وإن تكف لم أكملت — وفى رواية إن لم تكن له حرفة فى غير الوالدين وكان قادرا على الكسب أجبر عليه ولم تجب نفقته حينئذ .

كما لا يشترط فى القريب الفقير لاستحقاق النفقة كونه زمنا أو ناقص الأحكام كصغير أو مجنون على الأرجح بل يكفى لثبوت حقه كونه فقيرا فقط ولو كان قادرا على الكسب — وقيل يشترط العجز عن الكسب فى غير الوالدين والأصح عدم اشتراط ذلك فى أحد (٢) .

وذهب ابن حزم الى أن من قدر على معاش وتكسب وإن كان خسيساً

---

(١) مغنى المحتاج ﺟ ٣ ص ٤٤٧ ونهاية المحتاج ﺟ ٧ ص ٢٢٠

(٢) المطالب ﺟ ٥ ص ٦٤٤

لم تجب نفقته ، لأن نفقته في كسبه إلا الأصول من أباء وأمهات وأجداد وجدات فان الولد يكلف أن يصونهم عن خسيس الكسب إن قدر (١) .

والرأى المختار : ١ — تجب نفقة الأصول ما لم يستغنوا بمال أو يقدروا على كسب لائق غير خسيس ، ولا يقال أنهم لا يكلفون الكسب أصلا لأن القدرة على الكسب اللائق الشريف ليست أقل شأنا من وجود المال . ولا يقال إنهم يكلفون خسيس الكسب لأن في ذلك عقوقا وهو من الكبائر .

٢ — تجب نفقة غير الأصول ما لم يستغنوا بمال أو يقدروا على كسب حلال يليق بهم عرفا سواء أكان شريفا أم خسيسا ، فان الخسيس قد يليق ببعض الناس عرفا فلا ينبغى أن يحكم بالنفقة لمن تؤثر فيه البطالة على العمل كسلا وأنفة أو كبرا ما دام الكسب لائقا به عرفا ، لأن الله عز وجل لم يوجب ذلك ، ومن عجز منهم عن الانفاق على نفسه وجبت نفقته وإن لم يكن به زمانة .

انواع العجز

العجز عن الكسب أما أن يكون عجزاً حقيقيا أو عجزا حكميا .

فالعجز الحقيقى يكون بالصغر أو بسبب المرض أو العاهات الجسمانية أو العقلية .

أما العجز الحكمي فيكون بسبب الأنوثة ، أو الاشتغال بطلب العلم .

أما العجز عن الكسب بسبب الصغر أو العاهة وهو العجز الحقيقي فقد قدمنا طرفا من أحكامه ، وعلمنا أن الفقهاء جميعا يرون أن الصغار تجب نفقتهم على أصولهم أو محارمهم ماداموا فقراء ، لأن الصغير عاجز عن التكسب

(١) المحلى ﺣ ١١ ص ٣٤٢

حيث لا تحتمل بنيته العمل ، فليس للأب ولا لغيره من باب أولى أن يجبره على العمل والتكسب ، ولا تكلف الأم ولا الحاضنة عند المطالبة بنفقة الصغير إثبات عجزه ، إذ الصغر وحده كاف في ثبوته ، ويستوى في ذلك الذكر والأنثى ، وليس المراد بالصغير غير البالغ بل المراد به في باب النفقة من لم يبلغ حد الكسب . ولم يبين الفقهاء السن الذى يعتبر الصغير عندها قد بلغ حد الكسب (١) .

وعلى ذلك إذا وصل الصغير حد الكسب ، ولم يكن طالب علم فللأب أن يؤجره أو يحمله على تعلم حرفة وينفق عليه من كسبه . ولا يجبر على فرض نفقة له هذا إذا كان ذكرا إلا أن تكون به علة جسمانية أو عقلية تمنعه من الكسب كأن يكون مريضاً بمرض مزمن يمنعه من الحركة كالشلل أو يكون أعمى أو أصم أو ابكم ولم يتعلم حرفة يتكسب منها أو يكون أبله لا يحسن عملا على الاطلاق — ولا تعتبر أية عاهة من العاهات فى ذاتها دليلا على العجز عن التكسب . لأن الأعمى مثلا فى عصرنا الحاضر يمكنه ان يتعلم كثيراً من الحرف بحيث يتكسب منها ، كما انه قد يسلك سبيل العلم ويحصل على أرقى الشهادات ، ويتقلد أرفع المناصب ، إذ المقصود أن يثبت أنه لم يتعلم حرفة ، ولم يحصل على شهادة يعيش منها .

أما الانوثة فقد اختلف الفقهاء على الوجه الآتى :

فذهب الحنفية إلى أن الأنوثة عجز بذاتها حتى ولو كانت الأنثى صحيحة البدن والعقل ، وعلى ذلك فنفقة الأنثى إذا كانت فقيرة غير متزوجة على أبيها حتى تتزوج ، فإن طلقت أو مات زوجها عادت اليها نفقتها اذ لا منفق عليها

---

١ — فتاوى ابن تيمية ﺟ ٣٤ ص ١٠٦ ، المبسوط ﺟ ٥ ص ٢٢٠ .

غير الأب — ولا يملك الأب مؤاجرتها فى عمل يترتب عليه محظور شرعى ، لكن إن تعلمت حرفة تناسبها كالخياطة والغزل والحياكة والتعليم فلا بأس بذلك وتكون حينئذ نفقتها فى كسبها ، لأن نفقة الأقارب كما هو ملحوظ فى تعليل الفقهاء شرعت للحاجة ، وهذه المرأة غير محتاجة فلا نفقة لها (١) .

والانثى كالكبير الزمن لذا ورد فيها الخلاف من تشريك الأم مع الأب مع الانفاق عليها ، وأما اذا نشزت المتزوجة فهل تعود نفقتها على ابيها فيه تردد (٢) .

وفى تشريك الأم فى الانفاق على البنت البالغة رأي للخصاف أن على الأب الثلثين وعلى الأم الثلث . لكن فى ظاهر الرواية البنت البالغه بمنزلة الصغير تكون نفقتها على الأب .

ومذهب المالكية : أن نفقة البنت تستمر على أبيها حتى تتزوج ويدخل بها زوجها، ولو لم يكن زوجها حين الدخول بها بالغا — أو إلى ان يدعى زوجها إلى الدخول بها بعد مضى مدة كافية ، وكانت حين الدخول مطيقه للوطء وكان الزوج بالغا فتستمر على هذا إما إلى الدخول الفعلى وفى حكمه الخلوة مهما كان حال الزوج ، أو إلى الدعوة إلى الدخول مع بلوغ الزوج وطاقتها (٣) .

وذهب الشافعية إلى أن نفقة الانثى مطلقا واجبه على قريبها حتى ينعقد عليها عقد الزواج — أما مجرد القدرة على النكاح فلا يعتبر حتى تسقط به

١ — المبسوط ح ٥ ص ٢٢٣

٢ — حاشية رد المحتار ح ٢ ص ٦١٤ .

٣ — أقرب المسالك ح ١ ص ٤٨٩ .

نفقتها كالقدرة على الكسب من غيرها من الرجال لأن الارتباط بعقد النكاح لأجل النفقة لا نهاية له بخلاف الكسب المحدود المدة فلابد من العقد عليها حتى تسقط نفقتها (١) .

أما المذهب الحنبلي فالنفقة تجب للأنثى مطلقا إذا كانت فقيرة والمنفق موسرا (٢) .

السبب الثاني : طلب العلم :

المقصود بطلب العلم . يرى بعض الفقهاء أن المقصود بالعلم هنا علم الشريعه خاصة ويرى البعض الآخر أنه يشمل علم الشريعة وتوابعها كتعلم اللغة العربية والأدب العربي وغير ذلك من العلوم التى تساعد على فهم الشريعة الإسلامية .

ولكن أرى ألا يقتصر على علم الشريعة ، وتوابعها بل كل علم نافع فيشمل علوم الدين والدنيا معا النافعة للأمه الاسلامية ، وقد فسر كثير من الفقهاء العلم فى « طلب العلم الذى هو فريضة على كل مسلم ومسلمة بأنه يعم كل العلوم المفيدة — وهذه مذاهب الفقهاء فى النفقة على طلب العلم .

المذهب الحنفى يرى أن طالب العلم إذا كان رشيدا ، وكان مشتغلا بالعلوم الشرعية الضرورية والنافعه وكان فقيرا . وقد أقعده التفرغ للعلم عن الكسب وجبت نفقته على أبيه ، واستمرت فى الوجوب لأنه لأحرج فى التمييز بين المصلح والمفسد لظهور مسالك الاستقامة .

وأفتى بعض الحنفية بعدم وجوب نفقة طالب العلم فى الأزمنة الأخيرة لفساد

---

١ — نهاية المحتاج ﺣ ٧ ص ٢١٩ .

٢ — المغنى ﺣ ٩ ص ٢٥٦ .

أحوال أكثرهم فى هذا الزمان، وصعوبة التمييز بينهم و بين غيرهم من المجدين — ونهج بعضهم التوسط فى الأمر فقال اذا كان طالب العلم مشتغلا بعلوم نافعة ، ولم يكن من المفسدين ولا من الذين يأكلون بالدين ، ولم يجعل طلب العلم سببا لاستدرار النفقة وجبت والافلا .

قال صاحب القنية « لكن بعد الفتنة العامة يعنى فتنة التتار التى ذهب بها أكثر العلماء والمتعلمين نري المشتغلين بالفقه والأدب الذين هما قواعد الدين واصول كلام العرب يمنعهم الاشتغال بالكسب عن التحصيل ، ويؤدى إلى ضياع العلم والتعطيل فكان المختار الآن قول السلف ، وهفوات البعض لا تمنع الوجوب كالأولاد والاقارب »[1].

أما المذهب الشافعى فيرى أن الفرع الكبير الفقير القادر على الكسب اذا شغل نفسه بطلب العلم تفرض له نفقة الأقارب[2] .

والمذهب المالكى الظاهر فيه أن لا نفقة للولد الذكر بعد بلوغه قادرا على الكسب سواء كان طالب علم أو لم يكن — والظاهر أنهم يرون القدرة على الكسب تحصل بالقدرة البدنية مع العقل[3] .

والمذهب الحنبلى الظاهر عندهم أن طالب العلم يدخل ضمن من تجب لهم النفقة بناء على الرواية الراجحة فى المذهب[4] .

والحق أن التفرغ بطلب العلم أمر ضرورى فى مراحل التعليم حتى الدراسة

---

١ — رد المحتار مع الرد المختار ج ٢ ص ٦١٤ .

٢ — حاشية الباجورى ج ٢ ص ١٩٢ .

٣ — بلغة السالك ج ١ ص ٤٨٩ مع حاشية الصاوى عليه .

٤ — المغنى ج ٩ ص ٢٦١ .

الجامعية ، وهذا يقضي بوجوب النفقة لطالب العلم غير أنه من الأوفق مراعاة الضوابط التي وضعها الأحناف لوجوب النفقه لطالب العلم الكبير وهي أن يكون العلم الذي يشتغل به مشروعا أي مما أجاز الشارع الاشتغال به ، ويحتاج اليه المجتمع الإسلامى سواء كان واجبا كالفقه والتفسير والحديث أو مباحا في ذاته واجبا على الكفاية كالطب والهندسة وغيرها من العلوم الكونية — وأن يكون المشتغل به رشيدا في دراسته غير متعثر فيها بطريقة تكشف عن عدم صلاحيته لها .

الشرط الثالث : يسار المنفق « بكسر الفاء »

فيشترط فيمن تجب عليه النفقة أن يكون موسرا أى ذا مال يزيد عن حوائجه الأصليه لأنه لو كان معسرا لكان عاجزا عن النفقة وهي لا تجب على العاجز — وهذا الشرط متفق عليه في نفقة القريب على تفصيل على الوجه الآتى :

مذهب الحنفية (١) : أن شرط اليسار الفعلى وجود المال لا مجرد القدرة على الكسب في ذوي الرحم المحرم اتفاقا — فقالوا يشترط في انفاق ذى الرحم من غير الأصول والفروع يسار المنفق فلا نفقة على غير موسر وإن كان قادرا على الكسب ، لأن وجوبها من طريق الصلة ، والصلات تجب على الأغنياء لا الفقراء — وقالوا إن الأنثى تلزم بالانفاق على أقاربها إذا تحقق فيها شرط اليسار ، وأنها في ذلك كالرجال سواء بسواء .

أما فى حق انفاق الأب على ولده فلا يشترط فيه اليسار على التعيين بل يكفى قدرته على الكسب بما فيه فضل ، لأن الانفاق عليهم لإحيائهم ، وإحياؤهم إحياء لنفسه لقيام الجزئية والعصبية ، وإحياء نفسه واجب .

---

١ — البدائع حـ ٤ ص ٣٥٤.

وإما إنفاق الابن على أبيه : فإن كان الأب قادراً على الكسب اشترط يسار الابن ، وإن كان الأب عاجزا عن الكسب لم يشترط يسار الابن بل يكفى أن يكون قادرا على الكسب، فان كان لكسب فضل أجبر على الانفاق لأنه قادر على احيائه من غير خلل يرجع اليه ـ وأن لم يكن له فضل فان كان الابن وحده أمر بالانفاق ديانة ، ولم يجبر قضاء لأنه يؤدى إلى ضعف الابن وعجزه عن الكسب وفيه هلاكهما جميعا ـ فان كان له عيال أجبر على ضم الأب اليهم لأن إدخال الواحد على الجماعة لا يخل بطعامهم خللا بينا وقد علم سابقا أن الأنوثة عجز حكما ، ومنه يؤخذ أن انفاق البنت على أبويها شرطه يسارها فلا يكفى قدرتها على الكسب .

وانفاق الابن على أمه وإن قدرت على الكسب لايشترط فيه يساره بل متى كان قادرا على الكسب وجب عليه الانفاق عليها [1] .

والمالكية يشترطون اليسار فيمن تجب عليه النفقة، فالولد يشترط أن يكون موسرا فعلا بما يفيض عن حاجته ، وإلا لم تلزمه نفقة أبويه .

وكذا الوالد لا بد أن يكون فاضلا عنه وعن زوجاته ولو أربعا بخلاف الخادم والدابة فان نفقة القريب تقدم عليهما مالم يحتج إليهما ـ وقالوا لاتجب على الأب أو الابن أن يتكسب بصنعة أو غيرها لينفق على ولده أو أبيه المعسر ولو كان له صنعة .

والشافعيه على أنه يشترط فى المنفق سواء كان أصلا أو فرعا أن يكون موسرا بفاضل عن مؤنته ومؤنة عياله فى يومه وليلته . والمراد بالعيال زوجته وخادمها وأم ولده ، فان لم يفضل شىء فلا وجوب لخبر مسلم « ابدأ بنفسك

---

١ — المبسوط ج ٥ ص ٢٢٤ ، ورد المحتار ج ٢ ص ٦٢١ .

فتصدق عليها ، فان فضل شيء فلأهلك ، فان فضـــل عن أهلك شيء فلذى قرابتك» .

وإذا لم يكن له مال لكن يمكنه أن يكتسب ما يفضـــل عن ذلك لزمه الاكتساب لقريبه إن كان حلالا لائقا به قياساً على نفقة نفسه لخبر كفى بالمرء إثما أن يضيع من يعول » رواه النسائى ـ ولأن القدرة بالكسب كالقدرة بالمال فى تحريم الزكاة وغيره [1] .

والمذهب الحنبلي : يشترط فى المنفق أن يكون له ما ينفق منه على أصــله أو فرعه أو مورثه فاضلا عن نفقة نفسه وزوجته ونفقـة يومه وليلته إما من ماله وإما من كسبه ، فأما من لا يفضل عنه شيء فليس عليه شيء [2] .

وذهب ابن حزم إلى أنه يشترط فى المنفق أن يفضل منه بعد مؤنته شيء قل أو كثر فيجبر حينئذ على الإنفاق على أصوله وفروعه وإخوته وأخواته وزوجاته ـ كل هؤلاء يتساوون فيما يفضل فمن فضـل عنهم شيء أجبر على النفقه على ذوى رحمه المحرمه وموروثيه .

واختلف هل يقدم الولد على الزوجة فقيل هما سواء فلا يقدم الولد على الزوجة ولا الزوجة على الولد بل هما سواء .

والذى يظهر بالتأمل فى المذاهب السابقه هو وجوب الإنفاق على من أيسر بفاضل مؤنته ومؤنة زوجته وزوجاته سواء كان يساره بالمـال أم بالقدرة على الكسب الحلال اللائق به كالزوجة ومن يحتاج اليه من خـادم أو بهيمة ـ

---

١ ـ مغنى المحتاج ـ ٣ ص ٤٤٧ والمهذب ـ ٢ ص ١٦٦

٢ ـ المغنى ـ ٩ ص ٢٥٨ كشاف القناع ـ ٣ ص ٣١٤ .

ولا يعتبر اليسار بما فضل عن نفقة يوم وليلة إذ من الجائز أن يملك الإنسان مائة ريال فى أول الشهر أجرة عن عمله فى الشهر الماضى ولا يظفر بعدها إلا بمائة أخرى أو الشهر الذى يليه ـ فلو أوجبنا عليه فى أول الشهر الأول أن ينفق ما فضل عن مؤنة زوجته يومه وليلته لأنفق ذلك وصار فى بقية الشهر فقيراً ، وهذا اجحاف فيه .(١)

والظاهر أن يعتبر بما فضل عن نفقته بحيث لو أخذ منه لم يصر فقيراً ، وهذا يختلف باختلاف أحوال الناس فمنهم من يعتبر يساره بما فضل عن نفقة يوم ومنهم غير ذلك .

حد اليسار :

إختلف الفقهاء فى مقدار الغنى الذى إذا تحقق فى شخص وجبت عليه نفقة الأقارب .

فذهب الحنفية فى تحديد اليسار إلى أربعة آراء — **الأول** : الموسر هو من يملك نصاب الزكاة ، قيل وبه يفتى — **الثانى** : أنه من يملك نصاب حرمان الصدقة ، وهو نصاب الزكاة ، ولو لم يكن نامياً زائداً عن حاجته الضرورة قالوا وعليه الفتوى — **الثالث** : أنه من يملك ما يفضل عن قوت يومه إن كان من أهل الحرف الذين يكسبون كل يوم ، ورجحه كثيرون وقالوا هو المعتمد **الرابع** : هو من يملك ما يزيد على نفقة شهر إن كان من أهل الغلات أى الدخل الثابت . (٢)

والذى رجحه ابن عابدين فى حاشيته القول بأن الموسر من يملك نصاب

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١١ ص ٣٤٩

(٢) رد المحتار على الدر المختار جـ ٣ ص ٦٢١

حرمان الصدقة أو يسار الفطرة ، ولكن هذا ليس هو أشهر الأقوال . لكن أشهرها أن اليسار بما زاد عن نفقة المكتسب أو مطلقاً فى كل يوم .

وذهب المالكية إلى أن أى مقدار من المال مهما كان نوعه يزيد عن قوته الشخص وقوت زوجاته تفرض فيه نفقه الأقارب . وهذه النفقة تقدم على نفقة الدابة والخادم إن لم يكن محتاجاً اليها ، فاذا كان محتاجا اليها فتقدم نفقتها على الأقارب . بمعنى أن القريب المطالب بالنفقة إن كان له خادم أو دابة وكان دخله لا يفضل منه شيء لنفقة الأقارب بعد الإنفاق على نفسه وزوجه [١] وخادمه ودابته ينظر فان كان غير محتاج للدابة والخادم فيؤمر بالتصرف فيها — أما إن كان محتاجاً اليها فيبقي عليها ولا تفرض عليه نفقة أقارب .

والمذهب الشافعي يرى أن نفقة القريب تجب فى كل مازاد عن قوت يوم وليلة له ولأولاده الصغار — وأن أى شيء بعد قوت اليوم والليلة مهما كانت حاجته اليه يباع فى نفقة الأقارب حتى الدابة والخادم وإن كان يحتاج اليهما بل حتى السكن الذى يأوى اليه — حتى لقد وضع فقهاء المذهب الشافعى معياراً للمال الذى يباع فيه نفقة الأقارب : وهو كل ما يباع فى الدين [٢] .

والمذهب الحنبلي يوجب النفقة فى أى مقدار من المـــال يزيد عن نفقة الشخص المطالب بالنفقة سواء أكان ذلك الفائض من ماله أو من كسبه [٣].

والذى نراه أنه إذا كان لدى الشخص الذى يراد فـــرض النفقة عليه لقريبه المحتاج ما يزيد عن نفقة شهر له ولعياله فانه يكون قادراً على الإنفاق

---

١ — حاشية العدوى جـ ٢ ص ٢٤٢ .

١ — نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢١٨ تحفة المحتاج جـ ٨ ص ٣٤٦ .

٣ — المغنى جـ ٩ ص ٢٥٨ .

بصفة منتظمة وبخاصة فى أيامنا هذه التي أصبح معظـم الناس يتكسبون عن طريق ما يدفع لهم من رواتب شهرية ، فلو ثبت أن راتب الشخص يزيد عن كفايته هو وعياله فانه لاشك يعد قادراً على الإنفاق على غيره فى حـدود ذلك القدر الزائد .

أما الذين يتكسبون عن طريق الأعمال الحرة أو عن طريق ريع مايملكون من عقار فانه يمكن تقدير الكسب الشهرى بما يأخذه أمثالهم .

الشرط الرابع : اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه

إختلفت كلمة الفقهاء على الوجه الآتى .

المذهب الحنفى : لا يشترط هذا الشرط فى نفقة الإصول والفروع لوجود الصله القوية بينها ، وهي الجزئية ، وهي لاتختلف باختـلاف الدين فتجب على الولد المسلم نفقة الوالدين الكافرين لقوله تعالى :«وصاحبهما فى الدنيا معروفا» وليس من المصاحبة بالمعروف أن يتركها يموتان جوعا أو يسألان الناس .

أما نفقة ذوى الأرحام المحارم غير الأصول والفروع فيشترط اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه ، فتعتبر جماعة المسلمين ملة واحدة تجرى بينهم النفقة ـ ويعتبر أهل الذمة بجميع طوائفهم واختلاف دياناتهم ملة واحدة تجرى النفقة بينهم ، فلا نفقة بين المسلم وقريبه النصرانى لكن تجب النفقـة من المسيحى على قريبه اليهودى ما داما فى دار الاسلام يقيمون إقامة دائمة . ذلك لأن نفقة الأقارب مبنية على الإرث والصلة ، ولا توارث ولا تواصل بين المسلم والكافر .

أما عند اختلاف فالكافر إما أن يكون ذمياً أو حربياً ، ولا خلاف فى وجوب نفقة الأب الذمى لوجود السبب وهو الولادة ، ولجواز التواصل بينهما.

أما الأبوان الحربيان فني الإنفاق عليهما خلاف أرجحه عدم الإنفاق ومنشأ الخلاف ، ورود آيتين في كتاب الله إحداهما تأمر بمصاحبة الوالدين في الدنيا بالمعروف إذا كانا كافرين هي قوله تعالى « وصاحبهما في الدنيا معروفا » والثانية تنهى عن البر بأهل الحرب هي قوله تعالى « إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم » - والتوفيق بين الآيتين هو حمل آية المصاحبة بالمعروف على الذميين والأخرى على الحربيين ، وذلك دفعاً للتعارض بينهما - أما من أوجب نفقتهما مطلقاً نظر إلى السبب الموجب وهو الولادة وهي هنا موجودة ، وحمل آية النهي عن الإحسان إلى الحربيين على غير الوالدين ، لأن العلة هناك التوارث ولا توارث لاختلاف الدارين .(١)

والمذهب المالكي على أن اتحاد الدين ليس شرطاً بين المنفق والمنفق عليه في نفقة الأصول والفروع لأنها مبنية على الجزئية والبعضية فتجب النفقة على الأب المسلم لابنه الكافر ، وعكسه ، ويجبر على ذلك .(٢)

المذهب الشافعي كذلك لا يشترط اتحاد الدين فتجب للمسلم وعليه نفقة قريبة الكافر بشرط أن يكون محقون الدم أي لا يكون مرتداً ولا حربياً لأنهما مهدران الدم .(٣)

وفرق الحنابلة في هذا الشرط بين نفقة الأصول والفروع . وبين نفقة المورث من غير الأصول والفروع فقالوا في نفقة الفروع والأصول ثلاث روايات : أحدها : يشترط مطلقاً وهي المشهورة - ثانيها : لا يشترط مطلقاً ثالثها يشترط إلا في إلحاق القافة .(٤)

---

١ - فتح القدير جـ ٣ ص ٣٤٧
٢ - الشرح الكبير جـ ٢ ص ٤٦٤ .
٣ - نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٤٤٧
٤ - كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٠٦ .

وجه القول بالاشتراط مطلقا : أن هـــذه النفقة وجبت للمواساة ولا مواساة مع اختلاف الدين ووجبت للارث ، ولا إرث مع اختلاف الدين .

ويرد عليه : أن مواساة الوالدين مع اختلاف الدين واجبة لقوله تعـالى « وصاحبهما فى الدنيا معروفا » ويلحق بها الأولاد بجامع البعضية والإرث لم يعتبر فى نفقه الأصول والفروع بدليل أن الحنابلة أنفسهم ـ على القول الراجح عندهم ـ لا يشترطون الإرث فى نفقة الأصول والفروع .

أما وجه القول بعدم الاشتراط مطلقا : فقد تقدم .

وأما نفقة الموروث من غير الأصول والفروع : فاشترطوا فيها اتحـــاد الدين لأن موجب الانفاق على الأقرباء الإرث الثابت بالقـرابة ولا توارث بين أهل ملتين شتى[1].

الشرط الخامس : عصمة المنفق عليه

وهذا الشرط ذكره بعض الشافعية : فغير المعصوم إما أن يـكون قادراً على عصمة نفسه بالتوبه كالمرتد والحربى وتارك الصلاة بعد أمر الإمام ، فلا تجب نفقته لأنها مواسـاة ، وهم ليسوا من أهلها لعـدم حرمتهم — وإما أن يكون عاجزا عن عصمة نفسه كالزانى المحصن ، فهذا لا قـدرة له على عصمة نفسه لأن التوبة فى الزنا لا تدرأ الحد . ومثل هذا أهل للمواساة لأنه يسن له الستر على نفسه ، ويسن للشهود أيضا الستر عليه[2] .

وفى بعض كتب الحنفيه : أن الحربى لا تجب نفقته على المسلم وإن كان

---

١ — المغنى جـ ٩ ص ٢٥٩

٢ — مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٤٧

مستأمنا لأنا نهينا عن البر فى حق من يقاتلنا فى الدين ، ولعدم أهلية الميراث ومثله المرتد بإقرار أو بينة[١] .

الشرط السادس : حرية المنفق والمنفق عليه

هذا الشرط متفق عليه ، ووجهه أن الرقيق لا يملك فهو أسوأ حالا من المعسر فلا تجب عليه نفقة الأقارب ، ونفقته واجبة على سيده فليس له على قريبه نفقة لكن من بعضه حر وبعضه رقيق فيه خلاف عند الشافعية والحنابلة فمذهب الشافعية فى المبعض يجب له على قريبه نفقة بقدر ما فيه من الحرية إن كان محتاجا ، لأن سيده لا ينفق عليه إلا بقدر ما فيه من الرق ، ويجب عليه إن كان موسرا أن ينفق على قريبه المحتاج نفقة كاملة لتمام ملكه فهو كالحر الكامل — وقيل لا ينفق إلا بحسب حريته لأنه لا يملك إلا ببعضه الحر[٢] .

ومذهب الحنابلة تجب له نفقة ببعضه الحر على أصله وفرعه ووارثه بقدر ما يرثه منه ، وتجب عليه نفقة أصله وفرعه وموروثه بقدر ما يرثه منه مع مراعاة أن المبعض عندهم يرث ويورث .

---

١ — فتح القدير جـ ٣ ص ٣٤٨

٢ — نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٢٦٥

أحكام نفقة الأقارب

أولا : تقدير النفقة

قدمنا اتفاق المذاهب الفقهية على أن تقدير النفقة للأقارب بحسب الكفاية لأنها تجب لأجل الحاجة . فتعين التقدير بقدرها ، ولأنها صلة محضة ، وإذا كان الأرجح فى نفقة الزوجة أنها بالكفاية — وهي معاوضه — فلأن تكون نفقة الأقارب كذلك من باب أولى .

وتقدر النفقة فى المذهب الحنفى شهريا فى الطعام وأجرة المسكن وأجرة الخادم والرضاعة والحضانه — أما بدل الكسوة فيقدر كل ستة أشهر لأن الإنسان يلزمه كسوة للشتاء وكسوة للصيف ، وهذا هو المقرر فى حق الزوجة . وذلك فيما عدا الصغار فانه يحكم لهم بالكسوة عن كل أربعة أشهر.

وكذلك المذهب المالكى والشافعى والحنبلى .

أما تقدير النفقة بالدراهم . فالجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة على أنه لا يجوز أن تفرض بالدراهم إلا باتفاق الطرفين ، بل يتعين دفع عين الواجب فيطعمهم مما يطعم ويكسوهم مما يلبس ذلك أن الدراهم ليست من الواجب ولا عوضه ، ولا يصح الاعتياض عما لم يملك . فان نفقة الأقارب والزوجات إنما تجب يوما فيوما ، ولو كانت مستقرة لم تصح المعاوضة عنها بغير رضى الزوج والقريب [١] .

وللحنفية فى ذلك رأيان : الأول يجيز التقدير بالدراهم فى جميع الحالات بعد مراعاة سعر البلد — والثانى : يخير القاضى بين فرض الأصناف أو فرض قيمتها .

---

١ — زاد المعاد ﺣ ٤ ص ١٥١

ثانياً ـ وقت وجوب نفقة الاقارب

قال الحنفية ان نفقة الأصول والفروع تكون واجبة ديانة من وقت ثبوت الحاجة ، فلو كان تحت يد مستحق النفقة مال مملوك لمن تجب عليه نفقتهم من الأصول والفروع وهو من جنس النفقة حل لهم أن يأخذوا منه ما يسد حاجتهم ، وهذا ثابت بقوله ﷺ لهند امرأة ابى سفيان «خذى من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف» . هذا في حق الولد ، وثبت في حق الوالد بقوله صلى الله عليه وسلم للذى اشتكى أباه أنه يسرق منه : « إذهب أنت ومالك لأبيك » .

بل إن للأب أن يبيع مال ابنه الغائب المنقول دون العقار للانفاق على نفسه على الصحيح من مذهب الحنفية خلافاً للصاحبين [1] .

ولكون نفقة الأصول واجبة ديانة من وقت ثبوت الحاجة جاز أن يقضى لهم بها على الغائب ، مع أن القضاء على الغائب لا يجوز شرعا فى المذهب الحنفى وذلك لأن القضاء هنا يكون من باب الإعانة على الوصول الى الحق الثابت قبله — وحق هؤلاء ثابت قبله ، لكنه لا يقضى بها عليه إلا إذا كان له مال عند من يقربه ـ دين أو وديعة – وهو من جنس النفقة ـ أما إذا لم يكن من جنسها بأن كان بضاعة مثلا لم يجز بيعه لأن هذا يكون قضاء على الغائب ولا يجوز — كما يشترط أن يكون الغائب مقراً بالنسب أما إذا لم يكن النسب ثابتاً لا تقبل الدعوى باثباته للحكم بالنفقة لأنه يكون قضاء على الغائب .

أما فى نفقة الحواشى فلأجل أنه وقع الخلاف بين الفقهاء فيها ، كان

---

١ — تبيين الحقائق للزيلعى ج ٣ ص ٦٣

وجوبها امرا غير مقطوع به ، ولا يقع القطع به إلا بحكم القضاء ، لأن قضاء القاضي يرفع الخلاف ، فلهذا لا يجوز ان يأخذوا ما يحتاجون اليه من مال قريبهم من غير رضاه ، ولا يجوز أن يقضى لهم بها على الغائب لأن قضاء القاضي هو المثبت لها ابتداء ، والقضاء على الغائب ابتداء لا يجوز .

هذا من ناحية الوجوب بحكم الديانة . أما من ناحية الوجوب بحكم القضاء وهو الذى ينشأ عنه الإلزام والإجبار ويحبس عند الامتناع عنه ، فلا يختلف فيه نفقة الولاد عن نفقة الحواشى ، وهذا الحكم هو ان النفقة لا تجب إلا من وقت التراضى عليها ، أو الحكم بها من القاضى ، فلا تجب عن مدة ماضية على على الحكم ، أو ما يقوم مقامه من التراضى ، ذلك لأن هذه النفقة إنما تجب عند عند الحاجة ، وبمضى المدة تكون الحاجة قد اندفعت بأى وجه ، حتى ان الأم لو انفقت على أولادها الفقراء من غير أن يفرض القاضى نفقة لهم لا ترجع بذلك على الأب [١] .

ومذهب المالكية أن نفقة الأقارب تجب عندهم للولد والوالدين عند ثبوت حاجة من تجب له ، ويسار من تجب عليه منهم ولو لم يحكم بها حاكم إلا أنهم صرحوا بأنها من باب المواساة وسد الخلة ، ولذلك تسقط بمضى الزمن إلا إذا كان قد حكم بها حاكم ، أو كان هناك ما يقوم مقام حكم الحاكم وهو إنفاق الغير على المستحق وهو غير متبرع بذلك الانفاق [٢] .

والشافعية [٣] قالوا إن نفقة الأقارب لا تصير دينا إلا بفرض القاضى أو

---

١ — البحر اللائق جـ ٤ ص ٢٠٨

٢ — الخرشى جـ ٤ ص ٢٠٤

٣ — تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٣٤٤

باذنه فى الاقتراض على الغائب أو باستدانة الأم أو انفاقها من مالها على الصغير الذى غاب أبوه حيث لا يكون هناك قاضى يطلب منه الحكم بالنفقه على ذلك الغائب أو تستأذنه فى الاقتراض عليه ، ولا شك أن الواجب المالى الذى لا يصير دينا فى الذمة يجبر من وجب فى حقه على الوفاء به عند امتناعه عن أدائه باختياره، لا يمكن أن يكون واجبا قضاء ، فاتضح بذلك أن مرادهم بالوجوب إنما هو الوجوب الدينى .

أما الوجوب قضاء فلا يثبت إلا بعد فرض القاضى أو اذنه فى الاقتراض على من تجب عليه وإنما لم يصرحوا بالوجوب ديانة قبل حكم القاضى ، بالوجوب قضاء بعد حكم القاضى ، لأنه ليس فى أصولهم التفرقة بين حكم الديانة وحكم القضاء . فتلك تفرقه اصطلاحية تفرد بها الأحناف .

هذا وتصريح الحنابلة بأن نفقة الأقارب إنما هي من باب المواساة سداً للحاجة يستلزم سقوطها بمضى الزمان حيث أن حاجة من تجب له تكون قد سدت على أى وجه ، وهذا يشير إلى أن مقتضى مذهبهم أن نفقة الأقارب لا تجب قضاء إلا من وقت الحكم بها حيث لا يكون بوسع القاضى الحكم بها عن المدة الماضية ، لسقوط الوجوب فيها دون تفرقة فى هذا بين نفقة الأصول والفروع وبين نفقة الحواشى خلافا للحنفية .

ترتيب من تجب عليهم النفقة عند التعدد

أولا : اجتماع الأصول

إذا اجتمع عدد من أصول من تجب له النفقة، ففي بيان النفقة عليه وكيفية وجوبها مذاهب :

١ — ذهب الحنفية إلى أنه إذا اجتمع للمحتاج أصول متعددون يتوفر فيهم اليسار : فاذا كان منهم أب (أى أبو ذلك المحتاج) فالنفقة عليه وحده ولا يلتفت إلى الأصول الآخرين ، وذلك حتى لو كان الأب موسراً بقدرته علي الكسب فقط ، وكانوا هم موسرين بملكيتهم لما يزيد عن حاجاتهم، لأن نفقة الأولاد تجب على الأب وحده لا يشاركه فيها أحد ما دام قادرا على العمل والتكسب على ما حققناه فى شرط العجز عن الكسب [1] .

وهذا الحكم يسرى كذلك على حالة ما إذا كان الأب لا يرث المحتاج لمخالفة له فى الدين ، وكان الأصول الآخرون ممن يرثونه ، لأن مبنى نفقة الأولاد على أبيهم هو جزئيتهم له وهي حاصلة حتى مع الاختلاف فى الدين .

وهذا هو ظاهر الراوية وبه يفتى .

وعن أبى حنيفة ، أن نفقة الولد الكبير على الأب والأم أثلاثا . أما الصغير فعلى أبيه خاصة بلا خلاف، لأن الأب مختص بالولاية على الصغير فاذا بلغ الصغير زالت هذه الولاية ، ومن ثم فلا وجه لإلزامه بالنفقة دون الأم فتجب عليها على قدر الميراث .

فان كان الأب فقيرا عاجزا عن الكسب لزمانة ونحوها ألحق بالموتى ،

---

١ — الهداية والعناية وفتح القدير ﺟ ٣ ص ٣٠١

وحق إيجاب النفقة عليه قولا واحدا ، وحينئذ تجب نفقته على أبيه الموسر وهو الجد ، وكذا أولاده المستحقين للنفقة ، فان لم يكن جد فتجب على غيره .

وإذا كان الأب معسراً غير عاجز عن الكسب لكن يتيسر له الكسب فقيل يعتبر كالميت — وقيل لا تسقط النفقة عنه بل تجب عليه ، وإنما تؤمر الأم الموسرة والجد الموسر وغيرهما بالإنفاق على الأولاد فتكون النفقة دينا على الأب يرجع عليه به إذا أيسر .

هذا إذا كان الأب موجودا ـ أما إذا لم يكن موجوداً أو كان موجوداً واعتبر فى حكم الميت ، فأما أن يكون الأصول الآخرين جميعاً وارثين ، أو يكون بعضهم وارثا والبعض الآخر غير وارث ، أو يكونوا جميعا غير وارثين .

فاذا كانوا كلهم وارثين وجبت النفقة عليهم جميعا ، وكان القدر الواجب منها على كل منهم على قدر حصته من الميراث ، ولا اعتبار فى هذه الحالة لقرب الدرجة أو بعدها .

فنى أم وجد لأب تجب عليهما أثلاثا على الأم الثلث ، وعلى الجد الثلثان طبقا لنصيب كل منهما فى الميراث ، وهذا مع كون الأم أقرب درجة فى الميراث فترجحت بالقرب ، والجد ترجح بكونه رجلا ، والرجال أحق بالإنفاق لأنهم قوامون على النساء ، فتعارض المرجحان فاعتبر جانب الارث .

ولو كان له أم أم ، وأبو أبى أب كانت النفقة عليهما أسداسا على الجدة السدس ، وعلى الجد الباقى خمسة اسداس — ولو اجتمع له جدة لأم وجدة لأب فالنفقة عليهما بالتساوى ، ذلك لأن ميراثهما بالتساوى .

أما إذا كان بعضهم يرث والبعض الآخر لا يرث فالترجيح بينهم يكون بقرب الدرجة بصرف النظر عن الارث أو عدمه ، فلو كان للفقير أم، وأب لأم فالنفقة على الأم لأنها الأقرب .

ولو كان له أم أم الأب مع أبى الأم — فالنفقة على أبى الأم لأنه الأقرب مع أنه غير وارث ، ولا شىء على أم أم الأب مع أنها وارثة لأنهـــا أبعد فى درجة القرب — وكذا لو اجتمع له أبو أبى الأب مع أبو الأم فالنفقة تلزم أبى الأم لأنه أبعد مع أنه الذى يرث التركة ، وأبو الأم لا يرث شيئا .

وعنـــد التساوى فى الدرجة يكون الترجيح بالارث على الأصح ، فلو اجتمع لشخص محتاج أبو الأم وأبو الأب ، فالنفقة على أبى الأب لكونه وارثا ، ولا شىء على أبى الأم لأنه يتساوي فى الدرجة مع أبى الأب وهو غير وارث فالترجيح فى هذه الحالة يكون بالميراث .

أما إذا كان الأصول الذين يمكن إيجاب النفقـة عليهم لا يرثون جميعـا فالترجيح بينهم بقرب الدرجة — فلو كان له أبو أم ، وأم ابى أم ، وكان له أقارب آخرون من أصحاب الفروض، او من العصبة ممن لا يتحقق فيهم شرط وجوب النفقة ، فان الأولين لا يرثان لكونهما من ذوى الارحام — ولما كان ابو الام اقرب درجة من ام ابى الام فانه تجب عليه النفقة وحده من دونها .

وعند التساوى فى القرب تجب عليهم النفقة جميعا بالسوية — فلو كان له ابو ابى ام ، وام ابى ام وجبت النفقة عليه ، وعلى ام ابى الام مناصفة لتساويها فى الدرجة .

ومذهب المالكية ان النفقة لا تجب على احـــد من الاصول سوى الاب المباشر ، دون الام والجد والجدة حتى ولو كان الاب معسرا والام موسرة .

ومذهب الشافعيـة انه إذا كان الاقارب المجتمعون كلهم أصولا وكانوا موسرين جميعاً ، إن كان فيهم أب فالنفقة على الأب وحـده ، فنى أب ، وأم موسرين تكون النفقة على الاب وحده ، ولو كان الابن بالغا عاقلا ، وقيل لا ينفرد الاب بالإنفاق إلا فى الصغير — ويقاس عليه البالغ المجنون لولاية الاب عليه كالصغير — اما البالغ العاقل فتجب نفقته على الام والاب اثلاثا لاستوائهما فيه من جهة القرب ، وعدم تمييز الاب عن الام إلا فى مقـدار الارث — فنى أب وجد النفقة على الاب ، لأنه احق بالمواساة ممن وراءه فى الدرجة .

فان لم يكن فيهم اب او كان ولم تتوفر فيه شروط المطالبة بالنفقـة بأن كان معسرا ، وكان فيهم جد فلا يطالب الاب بالنفقة ، وإنمـا تنتقل إلى الجد دون الام والجدة ، لأنه اقدر على القيام بالنفقه ويليه الام لقربهـا ثم الجـدة — وان اجتمع له أجداد وجدات ، فان ادلى بعضهم ببعض فالأقرب هو الذى ينفق ، وان لم يدل بعضهم ببعض فالاعتبار بالأقرب ايضا على الارجح — وقيل الاعتبار بالارث فتجعل النفقه على الوارث منهم .

وقيل الاعتبار بولاية المال فتجعـــل النفقة على من لديه ولاية المـال . فلو اجتمع لشخص جد هو ابو الاب ، وآخر هو اب اب الاب وثالث هـو اب ام اب الاب : فالنفقة على ابى الاب ، لقربه ولو اجتمع له اب اب الاب ، واب ام الام ، واب الام فالنفقة على ابى الام لانه اقرب .

اما إذا تساووا او تساوى بعضهم فى درجة القرب فالعبرة بالميراث حيث يلزم بالنفقة القريب الوارث — فلو اجتمع لشخص ابو الاب مع ابى الام ، فيلزم ابو الاب بالاتفاق وحدة لانه هو الوارث .

ولو اجتمع لشخص ابو ابى الاب ، وابى ام الام، وابى الاب، وأبى الام فيلزم ابو الاب بالاتفاق لانه هو الجد الاقرب الوارث (١) .

ولو اجتمع له ام ام الام، وام ام ابى الام، وام ام الام، وام ابى الام، فالنفقة تلزم ام الام لانها هي القريبة الاقرب الوارثة .

ومذهب الحنابلة إذا كان للمحتاج اصـــول مجتمعون فان كان فيهم أب موسر فالنفقة تجب عليه وحده ، ولا يشارك الاب احد فى وجوب الإنفـاق على اولاده حتى فى حالة وجود الابن الموسر .

فان لم يكن فيهم اب او كان لكنه فقير عاجز عن الكسب وحيث النفقـة على غيره على قدر الارث من المنفق عليه لان الله تعالى رتب النفقـة على الارث فوجب ان يرتب المقدار عليه فاذا اجتمع جد هو بو اب ، وام ـ فعلى الأم الثلث وعلى الجد الثلثان — وإذا اجتمع جد هو اب الاب وجـدة لام وجدة لأم : فعلى الجدتين السدس بالتساوى ، وعلى الجد الخمسة اسداس وذلك لان انصبائهم فى الميراث بهذا الوضع (٢).

---

١ — المهذب ج ٢ ص ١٦٨ .

٢ — المغنى ج ٩ ص ٢٦٧ والكافى ج ٢ ص ١٠٠٥ .

النفقة عند اجتماع الفروع

ذهب الحنفيه إلى أنه إذا اجتمع للفقير المحتاج فروع متعددون ممن يمكن فرض نفقته عليهم ، فان الترجيح بينهم فى جميع الحالات يكون بقرب الدرجة وعند تساويهم فى الدرجة يسوى بينهم فى الوجوب والمقدار — ولا عبرة فى حالة تعدد الفروع للارث أو عدمه ، ولو لمقـــدار الاستحقاق فى الإرث ولا للاختلاف بالذكورة والأنوثة ، ولا للاختلاف فى الدين : ذلك لأن أساس وجوب النفقة عليهم هو الجزئية والاختلاف فيها إنما يكون بقرب الدرجـة إذ الأقرب أقوى فى الجزئية من غيره .

ففى ولدين لمسلم فقير أحدهما نصرانى أو أنثى تجب نفقـــة الأب عليهما بالسوية .

وفى ابن ، وابن ابن تكون النفقة على الابن فقـط لقربه — وكذا فى بنت وابن ابن تجب على البنت وحدها لقربها — أما إذا تساويا فى القـرب فالنفقة عليهما بالتساوى . ففى ابن ابن ، وبنت بنت النفقة عليهما على السواء واعتبار القرب دون مقدار اليسار هو ظاهر الرواية وبه يفتى — وقيل أن النفقة تجب على نسبة الميراث : فلو كان للفقير أبنان كلاهما غنى لـكن أحدهما دون الآخر تكون النفقة عليهما على السواء .

وذهب المالكية إلى أنه إذا اجتمع عدد من أولاد الصلب وكانوا موسرين وزعت عليهم نفقة أبيهم أو أمهم ، وهل يكون التوزيع على حسب الرءوس دون تفرقة بين الذكر والأنثى ، وبين من اتحدا فى الدين واختلفا فيـه وبين الوارثين وغـيرهم ذهب إلى ذلك البعض — ومنهم من رأى أن التوزيع على

حسب الميراث الذكر والأنثى ، ومنهم من قال على حسب يسار الولد دون نظر إلى ذكورة الشخص أو أنوثته أو اتحاده فى الدين مع الأصل واختلافه، أو الميراث ومقداره (١) .

وذهب الشافعية إلى أنه إذا كان الأقارب كلهم فروعا ، وكانوا جميعا موسرين — فان استووا فى القرب أو البعد وفى الإرث أو عدمه، كابن وبنت تكون النفقة على السواء فعلى الابن نصف النفقة ، وعلى البنت النصف الآخر، ولا عبرة بتفاوت فى مقدار الإرث — وقيل توزع النفقة على قدر الميراث على الأرجح فاذا كان أحد الفروع وارثا والآخر غير وارث كابن ابن ، وابن بنت . وبنت بنت ، وبنت ابن قدم الوارث لقوة قرابته فتجب عليه النفقة وحده — وقيل ينفقون بالتساوى لأن القرابة المجردة عن الإرث موجبة للنفقة .

وإن اختلفوا قربا وبعدا أو إرثا وعدمه فالإعتبار بالقرب ثم بالإرث على الأصح بأن ينظر أولا إلى الدرجة قربا وبعدا ، فاذا اختلفوا فيهما وجبت النفقة على الأقرب ولو غير وارث كبنت بنت مع ابن ابن ابن — وإذا اتفقوا فيهما واختلفوا فى الإرث وعدمه وجبت على الوارث دون غيره كبنت ابن، وبنت بنت .

والوارثان المستويان قربا الواجب عليهما المؤن كابن وبنت هل يستويان فيه أم توزع المؤن عليهما بحسب الإرث : وجهان لم يرجح (٢) شيء منهما .

---

١ — أقرب المسالك ح ١ ص ٤٨٩ والشرح الكبير ح ٢ ص ٥٩٣ .

٢ — نهاية المحتاج ح ٧ ص ٢١٢ ، تحفة المحتاج ح ٨ ص ٢٥١ .

ومذهب الحنابلة أنه فى حالة تعدد الأقارب من جهة الفروع فان العبرة بالميراث . فاذا وجد من فروع الشخص وارثون وغير وارثين فالنفقة على الوارثين دون غيرهم ـ فلو اجتمع ابن ابن، و بنت بنت فالنفقة على ابن الابن لأنه الوارث ولا شىء على بنت البنت لأنها غير وارثة .

ولو كان له ابن ، وابن ابن فالنفقة تلزم الابن لأنه هو الوارث مع اعتبار المعسر منهم معدوما لا يحجب غيره ولا يزاحمه على الأرجح، وتوزع النفقة كلها على الموسرين الوارثين بحسب إرثهم ولو كانوا من ذوى الأرحام .

كما لو اجتمع بنت ، وابن ابن وبنت ابن ، وكانت البنت معسرة وجبت على بنت الابن ، وابن الابن .

الحق الخامس من حقوق الأولاد

الولاية على الصغير

يشتمل الكلام على الولاية على نوعين :

الولاية على النفــس — والولاية على المــال

فالولاية على النفس وتكون حين تنتهى حضانة الطفل ، إذ ضم الطفل إلى من له الولاية على نفسه ، وذلك ليقوم على إتمام تربيتـه التى ابتـدأت بالحضانة ، وليعمل على حفظه وصيانته حتى ينتهى امد هذه الولاية . كما أنه يتولى عقد زواجه حتى كان قاصرا .

ومن هنا كانت مهمــة الولى على النفس خطيرة ، وأن له دورا حاسما فى حياة الولد ، وأثرا كبـيراً فى تربيته ، وذلك متى لاحظنا ما للصغير من قوة التقليد والتأثر بغيره — فالولى على الطفل يبعده عن سبل الشر ، ويوجهه فى طريق الخير — لذا عنى الشرع عناية كبيرة باختيار الولى من أقرب الناس إلى الصغير وأحبهم لخيره ، كما عنى برقابة الأولياء وتصرفاتهم حتى تكون محققة لمصلحة من هم تحت ولايتهم .

لمن تكون ولاية النفس ؟

بعض الأولياء تجتمـع لهم الولاية على النفس والمال جميعا ، وبعضهم من تكون له الولاية على النفس دون المال ، وبعضهم تكون له الولاية على المال دون النفس ، ولكل من ذلك أسباب تقتضيه — فالذين لهـم الولاية على النفس والمــال معا هم : الأب ، ثم الجد ، ثم القاضى ؛ فالأب لأنه أقربهم للصغير واشفقهم عليه ، والجد لأنه يلى الأب فى هذه الصفات ، والقاضى لأنه ولى من لاولى له كما هو معروف .

والذين لهم الولاية على النفس فقط هم سائر أقارب الصغير والصغير ، ولكنهم فى هذا درجات ؛ يجىء بعضهم بعد بعض بترتيب خاص سبق تفضيله فى ولى النطاح ، وشروطه ، وتصرفات الأولياء فى تزويج الصغير والصغيرة .

ضم الصغير للولى ومدته :

إذا بلغ الصغير سن انتهاء الحضانة ضم إلى الولى على النفس وهو كما عرفنا الأب ، والجد وسائر العصبات المحارم للطفل مثل الأخ والعم وابن الأخ سواء فى ذلك أن يكون الصغير ذكرا أو انثى — فإن كان العاصب غير محرم كابن العم ضم اليه الصغير إن كان غلاما ، فإن كان بنتا لاتضم إليه ، بل كان للقاضى أن يبقيها الحاضنه ، أو يختار لها شخصا أمينا يضعها عنده .

يقول الكاسانى : « إن لابن العم — إن لم يكن هناك من العصبات من هو أقرب منه — أن يضم الغلام اليه ، وإنه ليس له ضم الصغير إليه إن كان فتاة ، لأنه ليس بمحرم منها إذ يجوز له زواجها فلا يؤتمن عليها (١) .

ويقول ابن عابدين (٢) إن لم يكن للجارية غير ابن العم فالاختيار للقاضى إن رآه ؛ أصلح ضمها إليه ، والا توضع فى يد امنية .

وإذا بلغ الصغير عاقلا ، واستغنى عن الأب وكان مأمونا على نفسه صار لا حق للأب فى إمساكه ؛ وصار أولى بنفسه يذهب حيث يشاء ، والبنت كذلك إن كانت ثيبا ومأمونة على نفسها ، أى يصبح لاحق للأب فى

(١) بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٤٣ .

(٢) جـ ٢ ص ٦٥٦ .

إمساكها وعليه أن يخلى سبيلها فتكون حيث أرادت — فإن كانت غير مأمونة على نفسها أو كانت لا تزال بكرا يستمر للأب حق إمساكها حفظا وصيانة لها من الفساد والطامعين فيها ، إلا إذا كانت البنت البكر مسنة واجتمع لها رأى ، فإنها تكون حيث أحبت إذ لاخوف عليها « هذا عند الحنفية » (١) .

وهذا الحق الذى للأب فى استمرار ضم الصغيرة عند بلوغها فى الحالات التى ذكرناها يكون للجد ايضاً بالاتفاق بين فقهاء الحنفية ، كما يكون لغيرهما من العصبات المحارم أيضاً عند بعض المحققين منهم كالأخ والعم وكل ذى رحم محرم منها ما لم يكن مفسدا ، فإن كان كذلك وضعها القاضى عند امرأة ثقة أمينة .

وإذا بلغ الصغير أو الصغيرة معتوها وانتهت سن حضانته يكون للأب أو غيره من العصبات المحارم حق ضمه اليه ، باعتباره وليا على نفسه .

أما إذا بلغ عاقلا ثم أصيب بالعته ، فان الولاية لا تعود لوليه العاصب قياسا ، بل إلى القاضى ، وفى الاستحسان تعود اليه ، كما تعود الولاية على ماله إلى من كانت له .

على أن فى المذهب الحنفى قولا ببقاء من بلغ معتوها بيد حاضنته .

هذا والصغير يبقى لدى من الولاية على النفس حتى يبلغ عاقلا ويستغنى عن رعايته وتوجيهه — ويعرف هذا البلوغ بظهور أعراض الرجولة فيه ، وفى البنت بظهور أعراض الأنوثة ، وإلا فببلوغ ثمان عشره سنة وبلوغها سبع عشرة عند أبى حنيفة — وبلوغ منهما خمس عشرة عند الصاحبين .

---

(١) رد المحتار على الدر المختار حـ ص ٦٥٨ .

وهذا البلوغ يصل الصغير اليه قبل بلوغه سن الرشد المالى الذى يجعل له الحق في تسلم أمواله وإدارتها بنفسة — والذى حدد له من الناحية المالية إحدي وعشرين سنة .

سلب الولاية والحد منها قانونا :

ما تقدم أحكام الفقه الإسلامى الخاصة بالولاية علي النفس حسب المذهب الحنفى ، وهي ما كانت تسير المحاكم الشرعية عليها تطبيقا للمادة رقم ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها .

ثم صدر المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بتقرير حالات لسلب الولاية علي النفس أو وقف كل حقوقها أو بعضها ، وذلك لأسباب حددتها مواده حماية للصغار من أن تتعرض سلامتهم أو أخلاقهم أو تربيتهم للخطر .

وقد سلب القانون الولاية فى الحالات الآتية :

١ — إذا حكم علي الولى لجريمة اغتصاب أو هتك عرض ، أو لجريمة أخرى مما نص عليه القانون الخاصة بمكافحة الدعارة لسنة ١٩٥١ على احد ممن هم تحت ولايته .

٢ — إذا حكم عليه لجناية وقعت على نفس أحد ممن هم تحت ولايته أو حكم عليه لجناية وقعت من احد منهم .

٣ — من حكم عليه أكثر من مرة لجريمة مما نص عليه قانون الدعارة المذكور .

ويترتب على سلب الولاية بالنسبة إلي صغير سلبها لمن تشملهم ولاية الولى الذى سلبت ولايته من الصغار الآخرين ، فيما عدا ما أشير اليه فى الحالة

الثانية إذا كان هؤلاء الصغار من فروع المحكوم عليه ، وذلك ما لم تؤمر المحكمة بسلبها بالنسبة إليهم أيضا .

وإذا كان سلب الولاية فى تلك الحالات أمرا واجبا على المحكمة أن تحكم به فإنه يجوز للمحكمة سلبها أيضا ، أو وقف كل حقوقها أو بعضها فى هذه الحالات التي جاءت بالمادة الثالثة من القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ وهي:

١ — اذا حكم على الولى بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة

٢ — اذا حكم عليه لجريمة اغتصاب أو هتك عرض أو لجريمة مما نص عليه قانون محكمة الدعارة .

٣ — إذا حكم عليه أكثر من مرة لجريمة تعرض الأطفال للخطر أو الحبس بغير وجه حق أو لاعتداء جسيم متى وقعت الجريمة على أحد من تشملهم الولاية

٤ — إذا حكم بايداع أحد المشمولين بالولاية دارا من دور الاستصلاح فان هذا يكون دليلا على أنه لا يحسن القيام على تربية من هو تحت ولايته تربيه طيبه .

٥ — إذا عرض الولى للخطر صحة أحد من تشملهم ولايته ، أو سلامته أو أخلاقه أو تربيته بسبب سوء المعاملة أو سوء القدوة نتيجة الاشتهار بفساد السيرة أو الإدمان على الشراب أو المخدرات أو بسبب عدم العناية أو سوء التوجيه ، ولا يشترط فى هذه الحالة أن يصدر ضد الولى حكم بسبب تلك الأفعال

وإذا قضت المحكمة بسبب الولاية أو وقفها ، عهدت بالصغير الى الولى الذي يلى فى المرتبة من حكم عليه ، فان امتنع أو كان غير أهل لها جاز لها أن تعهد به إلى أى شخص آخر ، ولو لم يكن من أقاربه متى كان معروفا بحسن السمعة وصالحا لتربية الصغير .

كما يجوز لها أن تعهد به إلى أى معهد أو مؤسسة من المعاهد والمؤسسات الاجتماعية التى اعدت لهذا الغرض — وفى كل هذه الحالات يجوز للمحكمه ان تفوض ان عهدت اليه بالصغير كل حقوق الولاية او بعضها .



الولاية على المال

سببها واساسها :

سبب هذه الولاية أحد أمرين : الأبوة ، والقضاء فمن ناحية الأبوة يكون الأب ووصيه ، والجد ووصيه « فان الجد يعتبر أبا ويقوم مقامه عند عدم وجوده ، ووصى كل منها يستفيد منها الولاية . فيكون هذا ولاية الأبوة من حيث المعنى .

ومن ناحية القضاء يكون القاضي وليا إذا لم يوجد ولى أو وصى من جهة الأبوة — فالسلطان — كما يقال — ولى من لا ولى له ، ووصى القاضى يستفيد الولاية منه ، فيكون ذلك من باب ولاية القضاء من حيث المعنى .

أما أساس هذه الولاية والذى به يتفاضل به الأولياء فيما بينهم في الترتيب فهو وفور الشفقة ، وقوة المحبة للصغير ومن فى حكمه والقدرة على التصرف في الأمور المالية ، وذلك ما يدعو إلى العمل على حفظ ماله وتثميره ، وهذا هو المراد من الولاية ، والغرض الذى ينبغى تحققه منها .

وثبوت الولاية للولى على الصغير أمر معقول ومشروع معا . فانه عاجز عن تدبير أموره بنفسه ، والأب أو من يليه في الولاية قادر على ذلك لكمال رأيه وعقله ، ومن ثم يجب أن يقوم بهاعونا للضعيف ، وغياثا للمحتاج ، وكل ذلك حسن عقلا وشرعا .

الأولياء على القصر وترتيبهم :

يختلف الفقهاء فى ترتيب الأولياء فيما بينهم .

فعند الشافعية إن الولاية المالية على الصغير لأبيه ثم لجده أى إلى أبيه وإن

حلا ، كما هو الأمر فى ولاية الزواج ، ثم لوصى الأب فوصى الجد ثم القاضى بنفسه أو أحد أمنائه ، ولا ولاية لأحد غير هؤلاء كالأم والأخ والعم من أقارب الصغير ، إلا أن أوصى الولى المتوفى إلى أحد منهم (١) .

أما عند المالكية : فهو الأب . لا الجد والأخ والعم إلا بإيصاء من الأب ثم وصى الأب وإن بعد أى وإن كان وصى الوصى وهكذا نرى المالكية لايجعلون للجد حظا من الولاية على حفيده إذا تأخرت وفاته عن أبيه ، إلا إذا كان الأب قد جعله وصيا قبل وفاته ، على حين يجعل الشافعية له الولاية بعد الأب أي يقدمونه على وصى الأب نفسه (٢) .

أما الحنابلة فقالو لاينظر فى مال الصبي والمجنون ماداما فى الحجر إلا الأب أو وصيه بعده أو الحاكم (٣) فهم فى ذلك مثل المالكية .

ومذهب الحنفية وسط بين الفريقين ، فالولاية عندهم للأب فوصيه، فوصى وصية، ثم للجد فوصيه فوصى وصيه ثم للقاضى . فمن يجعله من قبله وصيا — والسبب فى هذا الترتيب واضح إذا ما لاحظنا الأساس الذى تبتنى عليه الولاية وهي كما قدمنا أن الأب أوفر شفقة على ولده وأحبهم له ولما فيه مصلحته وخيره — ووصية الذى إختاره بنفسه أحق الناس فى رأيه بالقيام مقامه بعد موته ، فانه ما اختاره وصيا على صغاره من بين سائر الناس إلا ليقينه بأنه يشفق عليهم ويتحرى الخير لهم مثله ، فكان خلفا عنه وقائما مقامه ، والجد وافر الشفقة على حفيده إلا أنه فى هذا دون الأب طبعا ، ولهذا يتأخر فى عن الأب ، كما يتأخر عن وصيه أيضا ، لأن ولاية الوصى هي ولاية الأب

١ — حاشية البيجرمى ح ٢ ص ٢٩٨

٢ — شرح الدردير ج ٣ ص ٣٠٠

٣ — المغنى ج ٤ ص ٥٥٣

ترتيب الأولياء فى الولاية على النفس

لما كانت القرابة فى المذهب المالكى والظاهرى والحنبلى والشافعى مقصورة على الأب وحده أو الأب والجد كان لذلك لايتأتى الترتيب بين الأقارب فى هذه المذاهب . حتى الشافعية القائلون بأن اسم الأب يتناول الجد قالوا إن مرتبة الجد تلى مرتبة الأب (١) .

أما المذهب الحنفى وهو المذهب الذى أثبت ولاية التزويج لكل قريب على اختلاف بين فقهائه فى مدى القريب ، فإن الترتيب بين الأقارب جرى كما هو فى الميراث ، فالأبعد محجوب بالأقرب ، وهم على الترتيب الآتى :

١ – العصبة بالنفس :

وهم بترتيب الإرث وهي جهات أربع :

الأولى : جهة البنوة : وأولاها الابن ثم ابنه وإن نزل .

الثانية : جهة الأبوة : وأولاها : الأب ثم الجد لأب وإن علا .

الثالثة : جهة الأخوة : وأولاها : الأخ الشقيق ، ثم لأب ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ الأب ثم أولادهم على هذا الترتيب .

الرابعة : جهة العمومة . وأولادها .

العم الشقيق ثم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب ثم أعمام الأب الشقيق ثم لأب ثم أبناؤهم وإن نزلوا على هذا الترتيب .

وقد ذكر الترتيب على هذا الوجه السرخسى (٢) وقال إنه على قول أبي

١ – نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٧٦

٢ – المبسوط ج ٤ ص ٢٠٧

حنيفة أما على قول الصاحبين فان الأخ والجد يستويان ، لأن من أصلهما : أن الأخ يزاحم الجد فى العصوبة ، حتى يشتركان فى الميراث. لكن السرخسى نفسه وسائر فقهاء المذهب الحنفى صرحوا بأن هذا غير صحيح . بل الصحيح أن الجد أولى بالتزويج من الأخ اتفاقا ، لأن الولاية تبتنى على الشفقة وشفقة الجد فوق شفقة الأخ .

وعلى هذا إذا وجد واحد ممن له حق الولاية من أى جهة ثبتت له ولاية التزويج حيث لا مزاحم له منها .

أما إن وجد متعدد منهم أثنان فأكثر . فان من جهات مختلفة كان الترجيح بينهم بالجهة ، فتقدم جهة البنوة على ماعداها من الجهات ، وبعدها تقدم جهة الأبوة ثم الأخوة ثم العمومة .

وإن اتحدث العصبة فى الجهة فالترجيح بينهم يكون بالدرجة ، فان كان أحدهم درجة أقرب كما فى أب ، وجد تكون الولاية للاب .

فإن اتحدوا فى الدرجة كان الترجيح بينهم بقوة القرابة ، كمن له أخ لأب ، وأخ شقيق . فيقدم الشقيق - وقال زفر الأخ الشقيق والأخ لأب سواء لأن ولاية التزويج لقرابة الأب دون قرابة الأم ، وقد استويا فى قرابة الأب ، وإنما ترجح الأخ الشقيق فى الميراث بجهة الأم ، ولا مدخل لها فى الولاية ، فلا يرجح بها .

ويمكن الجواب عن ذلك بأن مبنى الولاية على العصبة والأخ الشقيق فى العصوبة مقدم على الأخ لأب ، وإنه وإن كان لايثبت لقرابة الأم أصل الولاية كالعصوبة إلا أنه يثبت الترجيح بها . فمن أدلى بقرابتين يترجح على من أدلى بقرابة واحدة - فان اتحدت الجهة والدرجة وقوة القرابة مثل

اخوين شقيقين كانا متساويين فأيهما زوج جاز ، ويكون زواجه صحيحا نافذا . لأن الولاية لا تتجزأ لأنها ثبتت بسبب لا يتجزأ وهو القرابة . وما لا يتجزأ إذا ثبت لجماعة ثبت لكل واحد منهما على الكمال، كأنه ليس معه غيره[١]

فاذا عدم العاصب بالنفس كانت ولاية التزويج بعد ذلك للقاضى على قول الإمام محمد بن الحسن — أما على قول ابى حنيفه فمتى عدم العاصب كانت الولاية بعده للأقارب غير العصبة على حسب قوة قرابتهم .

وقد وقع خلاف فى ترتيبهم والراجح أن الولاية تثبت أولا :

للأم لكمال شفقتها ، ثم الجدة لأب لقوتها وانتسابها بالعاصب ، ثم الجدة لأم ، ثم للبنت إذا كانت أمها مجنونة ، ثم بنت الابن لقوتها وانتسابها بالعاصب ثم بنت البنت ، ثم بنت ابن الابن ، ثم بنت بنت البنت ثم الجد لأم ، ثم الأخت الشقيقة ، ثم الأخت لأب ، ثم لولد الأم ، يستوى ذكورهم وإناثهم ، ثم أولاد الأخوات على ترتيب أمهاتهم ، ثم الأعمام لأم ، ثم العمات ، ثم الأخوال ، ثم الخالات ، ثم بنات الأعمام ثم بنات العمات ثم أولادهن على هذا الترتيب[٢] .

فاذا عدم الأقارب غير العصبة كانت ولاية التزويج لمولى الموالاة ، ثم السلطان ، ثم القاضى إذا كان تزويج الصغار والصغيرات منصوصا عليه فى مرسوم تعيينه — أما إذا لم يكن منصوصا علية فلا ولاية له .

وكما يكون للقاضى ولاية التزويج عند عدم وجود الولى الخاص يكون له أيضا هذه الولاية مع وجود الولى الخاص ، وذلك فيما إذا امتنع الولى

---

١ — بدائع الصنائع حـ ٢ ص ٢٥١ المبسوط حـ ٤ ص ٢١٩

٢ — فتح القدير شرح الهداية حـ ٢ ص ٤١٣ رد المحتار شرح الدر المختار حـ ٢ ص ٤٢٩ .

الخاص من تزويج من في ولايته بدون سبب مقبول ، لأن الولى فى هـــذه الحالة يعد عاضلا أى ظالما . وولاية رفع المظالم إلى القاضى .

هذا وإذا غاب الولى القريب غيبة يخشى معها فوات الـكفء إذا انتظر حضوره كان للولى البعيد أن يتولى عقد الزواج ، ويكون زواجه صحيحـا نافذا. ولا يبطل بعودة الولى القريب بعد ذلك، لأنه عقد صدر عن ولاية تامة فلا يكون لأحد حق إبطاله (١) .

ما تقدم مذهب الحنفية :

وذهب المالكية : إلى أن أولى العصبة بالتقديم فى ولاية النكاح هو الابن ثم ابنه وإن نزل ، ثم الأب ، ثم الاخـوة وأولاهم الشقيق ثم لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم لأب ، ثم الجد لأب وان علا ، ثم ســائر العصبة على ترتيب الارث — فرتبة الجد لأب بعد مرتبة الإخوة وأبنائهم (٢) .

ودليلهم على هذا ما استدل به الحنفية بأن الوراثة نوع ولاية،لأن الوارث يخلف المورث ملكا وتصرفا ، والوراثة هي الخلافة فى التصـرفات ، وأقـوي أسباب الوراثة هي العصوبة — ويزيد المالكية على ذلك بأن الإخوة مقدمون فى الولاء وإمامة الجنازة على الجـد . فلهذا يكونون مقـدمين عليه فى ولاية النكاح ، وأيضا ان الجديد لى بأبوة الأب ، والأخ يدلى ببنوته ، والبنـــوة مقدمة على الأبوة .

أما الشافعية والظاهرية فقالوا أولى العصبة بالتقديم فى ولاية النـكاح هو

---

١ — البحر الرائق ﺟ ٣ ص ١٢٨ المبسوط ﺟ ٤ ص ٢٢٠

٢ — الخرشى ﺟ ٣ ص ١٨ الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ﺟ ٢ ص ٢٢٥

الأب ثم الجد لأب وان علت درجته ثم الأخ الشقيق ثم سائر العصبة على ترتيب الارث — غير أن الأب لا ولاية له على أمه إلا إذا كان ابن عمها أو صاحب سلطة عامة . فالجد عندهم مرتبته بعد الأب ، ولا ولاية للابن .

ودليلهم على هذا أن مبنى الولاية على النظر والشفقة ، والأب أكمل نظرا وأوفر شفقة من سائر العصبات [١] ثم يليه في هذا المعنى الجد لأب لأنه كالأب في كمال نظره ووفور شفقته ثم يلي الجد الإخوة .

أما الابن فلا يلي نكاح أمه بسبب البنوة ، لأن الولاية تثبت للأولياء لدفع العار عن النسب ، ولا نسب بين الابن وأمه .

ومذهب الحنابلة : أن أولى العصبة بالتقديم في ولاية النكاح هو الأب ثم الجد لأب وان علا ، ثم الابن وابنه وان نزل ، ثم الأخ الشقيق ، ثم سائر العصبات على ترتيب الإرث [٢] — فالابن عندهم له ولاية لكن بعد الجد ، وبعد الأب والجد، والابن تترتب الولاية على ترتيب الارث .

ودليلهم على ذلك : أن الأب أكمل نظرا وأوفر شفقة فوجب تقديمه في الولاية على الابن كتقديمه على الجد ، ولأن الأب يلي ولده في صغره وسفهه وجنونه ، فيليه في سائر ما تثبت الولاية عليه فيه ، بخلاف ولاية الابن ، ولذلك اختص الأب بولاية المال .

ولأن الجد أبو الأب كالأب في كمال نظره ووفور شفقته ، ولهذا لا يقاد بها ، ولا يقطع في سرقة مالها بخلاف الابن — أما الابن فمرتبته تلي مرتبة

---

١ — نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٧٧

٢ — كشاف القناع جـ ٥ ص ١٧٧ .

الجد لأب لأن له عصوبة ، غير أن شفقته دون شفقة الأب والجد .

هذا ومن يتأمل الأدلة السابقة يتضح له رجحان قول الحنابلة . أن أولى العصبات بتزويج البالغة العاقلة أبوها فجدها لأبيها فابنها فالأخ الشقيق . ثم ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ لأب ، فالعم الشقيق ثم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم لأب وهكذا على ترتيب الارث بالتعصيب ، ولأن مبنى الولاية على الشفقة ، والترتيب الذى رجحناه هو مظنة هذه الشفقة

أثر هذا الخلاف :

تظهر ثمرة هذا الخلاف فيما إذا زوج الولى الأبعد مع حضور الولى الأقرب بدون إذن الأقرب . فان فى المسألة قولين :

الأول: القول ببطلان النكاح وهو مذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية[١]

والثانى :القول بجواز النكاح وهو قول الحنفية والمالكية[٢] .

استدل للقول الأول على أن تزويج الأبعد والأقرب حاضر باطل ، بأن بأن الترتيب حق ثبت بالتعصيب ، فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب كما هو الحال فى الميراث .

واستدل أصحاب القول الثانى على أن تزويج الأبعد والأقرب حاضر جائز . بأن ولاية الأبعد ثابتة بالتعصيب ، كما هي ثابتة للأقرب أيضا ، والمعول عليه فى ذلك هو إذن المرأة ورضاها ، فمتى أذنت لوليها الأبعد صح تزويجه .

---

١ — المغنى حـ ٧ ص ٣٦٤ — نهاية المحتاج حـ ٥ ص ١٨٥ ، المحلى حـ ٩ ص ٤٥٨

٢ — الشرح الكبير وحاشية الدسوقى حـ ٢ ص ٢١٥

والراجح القول الثانى لأن العادة جارية على أن يكون الأقارب جميعا على علم بهذا الزواج ، وبمن سيتولاه سلفا ، كذلك فإن اختيار المرأة للبعيد قد يكون لمصلحة تقتضيها القرابة نفسها كأن يكون البعيد عالما أو ورعا ، إذ مما لاشك فيه أن ولايته لعقد زواجها فى هذه الحالة سوف لا يكون شرفا للمرأة وحدها فحسب ، بل سيتعداه إلى الأقارب جميعا .

شروط ولى الكفاح

يشترط فى الولى شروط بعضها متفق عليه ، وبعضها مختلف فيه

فأما الشروط المتفق عليها فأربعة

الأول : أن يكون حرا فلا يصح أن يكون عبدا

الثانى . أن يكون بالغا فلا يصح أن يكون صبيا

الثالث أن يكون عاقلا فلا يصح أن يكون مجنونا أو معتوها

والدليل الدال على هذه الشروط هو أن الحر البالغ العاقل عنده كمال الأهلية ، واذا فقدت الأمور الثلاثة أو فقد واحد منها لا يكون الإنسان أهلا للتصرف فى حق نفسه . فبالأولى لا يكون أهلا للتصرف فى حق غيره ، فان فاقد الشىء لا يعطيه .

أما الشرط الرابع : فهو اتحاد الدين بين الولى والمولى عليه وهذا الشرط إنما يشترط فى الولى الخاص دون العام فالامام أو نائبه لا يشترط فيهما هذا الشرط ، لأن ولايتهما على المسلم وغير المسلم ، وكذا السيد المسلم له تزويج أمته الكافرة بمقتضى الملكية لا بالولاية على الصحيح .

اما الشروط المختلف فيها فهى

اولا : الذكورة

وقد قال بهذا الشرط جمهور الفقهاء [١] ، لأن الولاية يعتبر فيها الكمال والمرأة ناقصة قاصرة ، تثبت عليها الولاية لقصورها عن النظر لنفسها فلا

---

١ — المغنى ﺣ ٧ ص ٣٥٦ ، نهاية المحتاج ﺣ ٥ ص ١٧١ ، الشرح الكبير ﺣ ٢ ص ٢٣٠

تثبت لها ولاية على غيرها من باب أولى .

وذهب الحنفية والحنابلة فى قول وابو ثور من الشافعية إلى ان الذكورة ليست شرطا فى ولاية النكاح ، بل للمرأة أن تباشر عقد النكاح لنفسها ، ولغيرها ، غاية الأمر أن الحنفية ذهبوا إلى أن المرأة تستبد بمباشرة عقد زواجها بنفسها من غير أن ترجع إلى وليها أو تكل اليه إجراء العقد وإن كان خلاف المستحب ، لأنها من أهله لكونها عاقلة ، ولأن لها ولاية المال على نفسها ، فكذلك ولاية النكاح ، والولاية المتعدية فرع من الولاية القاصرة [١] .

هذا وقد استثنى المالكية من قيد الذكورة ، المرأة إذا كانت عاقلة أو وصية أو معتقة لذكر حيث لها فى الأحوال الثلاث أن تلى تزويجه على المشهور ، بأن تقبل له النكاح ، فان تعلق بتزويج الأنثى فكل واحدة ممن ذكرنا توكل ذكرا مستوفيا للشروط فى عقد الأنثى فى الثلاث ، لأن لكل منهن حقا فى ولاية التزويج ، إلا أنه لا يصح أن تباشره بنفسها [٢] .

وكذلك استثنى الشافعية المرأة إذا تسلطت على الإمامة ، فان حكمها ينفذ وتزويجها يصح [٣] .

---

١ — فتح القدير شرح الهداية جـ ٢ ص ٣٩١ البحر الرائق جـ ٣ ص ١١٧

١ — الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٢٣٠

٣ — نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٧

وما روى عن الإمام أحمد (١) وأبى ثور من جواز مباشرة المرأة عقد زواجها فهي مقيدة بما أذن لها وليها الشرعى ، أى أن عبارتها تكون صحيحة فى النكاح إذا أذن لها وليها ، لأنه وإن كان للمرأة أن تباشر العقود المالية من غير توقف على إذن وليها ، إلا أن عقد الزواج ليس كسائرها ، لأن المصلحة فيه غير مالية ، بل هي مصلحة تحيط بها عـدة اعتبارات بعضها ظاهر يمكن الوقوف عليه ، وبعضها لا يمكن الوقوف عليه إلا بتأمل وبعد نظر . فاذا أذن للمرأة وليها فقد أمن من المحذور .

والراجح ماذهب اليه أبو ثور وماروى عن الإمام أحمد وهو أن الذكورة ليست شرطاً فى ولاية النكاح ، بل للمرأة إذا أذن لها وليها أن تباشر عقد النكاح لقوة دليلهما .

الشرط الثانى : العدالة

وقد اختلف الفقهاء فى اشتراط هذا الشرط وكون الولى غير فاسق على قولين ـ فذهب الشافعيه فى القول الأصح والحنابلة فى إحدي الروايتين إلى اشتراط كون الولى فى النكاح عدلا غير فاسق (٢) :

وذهب الحنفية والمالكيه والحنابلة فى رواية والشافعية فى رواية إلى أنه لايشترط العدالة فى الولى . فللفاسق أن يلى عقد النكاح ـ أدلة القول الـ :

اولا : ما أخرجه الشافعى والبيهقى عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « لا نكاح إلا بولى مرشد وشاهدى عدل » .

---

(١) المغنى ج ٧ ص ٢٣٨ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٨٢ والمغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٣٥٦

(٣) ابن عابدين ج ٢ ص ٤٠٦ وفتح القدير ج ٢ ص ٤١٢ ، والمغنى لابن قدامة ج ٨ ص ٣٥٧ والشرح الكبير ج ٢ ص ٢٣٠ ، ونهاية المحتاج ج ٢ ص ١٨٢

وجه الدلالة : انه عليه الصلاة والسلام يقرر أن صحة النكاح متوقفة على أن يكون الولى عدلا ، لأن قوله مرشد أى عدل ، وليس الفاسق بمرشد فلا يكون ولياً .

ونوقش : بأن كلمة مرشد ليست ثابتة ، وعلى فرض ثبوتها يكون الحديث قد روى مرة بها ، ومرة بدونها فيكون الحديث مضطربا لا يصلح للحجية ، وعلى فرض صحة الحديث مع زيادة كلمة مرشد فإن معناها ليس ما ذكر ، بل معناها أنه يرشد إلى ما فيه مصلحة المولى عليه ، وهذا أمر يصلح له العدل والفاسق (١) .

ثانيا : إستدلوا بأن ولاية النكاح ولاية نظرية فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال ، ولأن الفاسق لا يؤمن أن يضعها عند فاسق مثله فيكون تضييعا لها ، وإضراراً بها ، وذلك لا يجوز .

ونوقش : بالفرق بين ولاية النكاح وولاية المال ، فإن المال محبوب إلى الطبع حباً يفضى إلى القطيعة عند معارضته بذلك القدر من شفقة الأقارب فيؤدى إلى الخيانة ، فمن ثم لم تكن للفاسق ولاية المال ، وأما الانكاح فطبع الولى وإن كان فاسقا يزعه عن التقصير والخيانة ، والوازع الطبعى أقوى من الوازع الشرعى .

واستدل أصحاب القول الثانى على أن العدالة ليست شرطا فى الولى بل للفاسق أن يلى التزويج : بأن الفاسق يلى نكاح نفسه ، فتثبت له الولاية على غيره كالعدل ، ولأن سبب الولاية القرابة وشرطها النظر ، وهذا قريب ناظر لأنه لوفور شفقته يختار لموليته الكفء خوف لحوق العار به ، ولأن طبعه يمنعه

(١) نيل الاوطار جـ ٦ ص ١٠٨ وكشاف القناع جـ ٥ ص ٤٠

من وقوع الضرر على المولى عليه ، لأنه فى حكم نفسه [١] .

وهذا القول الثانى هو الراجح لقوة دليله ، ولإجماع المسلمين من لدن عهد النبي ﷺ على عدم منع الفاسق من تزويج أولاده ، حتى قال الإمام الغزالى : لا سبيل إلى الفتوى بغيره لأن الفسق عم البلاد والعباد — أما مستور الحال فله الولاية بلا خلاف [٢] .

الشرط الثالث : الرشد

ويطلق الرشد على معنيين :

أحدهما : معرفة الكفء ومصالح النكاح ، **ثانيها** : حفظ المال والرشد بالمعنى الأول لاخلاف بين الفقهاء فى اعتباره ، لأن الولاية فى النكاح مناطها النظر للمولى عليه ، ومن لا بصر له بمعرفة الكفء ومصالح النكاح لا تثبت له الولاية لعجزه عن تحقيق المصلحة ولو كان أبا .

أما الرشد بالمعنى الثانى وهو حفظ المال فقد اتفق الفقهاء على أن السفيه إذا لم يكن محجورا عليه تثبت له ولاية الإنكاح لنفسه وعلى غيره ، لأن الرشد ثابت بيقين ، فلا يزول إلا بيقين مثله [٣] .

أما إذا كان محجوراً عليه . فقد اختلفوا فى ثبوت ولايته على الغير على قولين :

الأول : مذهب الحنفية والمالكية فى الراجح ، والحنابلة ، والشافعية فى

---

١ — المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٣٥٧

٢ — فتح القدير جـ ٢ ص ٤١٢ ، ونهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٨٣

٣ — كشاف القناع جـ ٥ ص ٤٠ .

قول : إن السفيه المحجور عليه تثبت له ولاية النكاح على غيره [1] .

والثانى : مذهب الشافعية والمالكية فى المرجــوح أن السفيه المحجور عليه لاتثبت له ولاية النكاح على غيره

إستدلوا للقول الأول : بأن السفيه المحجـــــور عليه كامل النظر فى أمر النكاح ، وسفهه لا يمنعه من رعاية الحظ للمولى عليه ، وإنما حجر عليه لحفظ ماله خوفا من إضاعته .

ونوقش : بأن السفيه المحجور عليه لايؤمن نظره فى تزويج المولى عليه ، لأن سفهه وعدم تبصره بعواقب الأمور يؤثر فى النظر فى الأكفاء والمصالح ، فلا تتحقق بولايته مصلحة المولى عليه .

واستدل القائلون بأن السفيه لا تثبت له ولاية النكاح على غيره: بأن النكاح تحيط به عدة اعتبارات دقيقة تحتاج من الولى أن يكــون على وعى وإدراك سليمين ، حتى يستطيع اختيار الزوج الكفء والسفيه لسوء تصرفه لايحسن اختيار الزوج الكفء فضلا عن أنه لايلى نفسه ، فغيره أولى ان يليه . [3]

والراجح هو القول الأخير لقوة دليله ، ولأن السفيه متى حجـر عليه صار ممنوعا عن التصرف فى المال ، وصار موليا عليه ، ومن ثم يكون القول ببقاء ولايته فى النكاح مع سلب ولايته فى المال أمر غير مقبول .

---

١ - رد المحتار شرح الدر المختار ج ٢ ص ٤١٨ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٢ ، نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٨٢ ، كشاف القناع ج ٥ ص ٤٠

٢ — نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٨٢ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٢

٣ — المهذب للشيرازى ج ٢ ص ٣٦

الشرط الرابع : أن يكون الولى حلالا .

أى غير محرم بحج أو عمرة ، أو بهما معا .

وفى هذا الشرط خلاف على قولين :

الأول : مذهب المالكية والشافعية ، (١) والحنابلة فى رواية إلى اشتراط ذلك .

والثانى : مذهب الحنفية ، والحنابلة فى رواية إلى أنه لا يشترط فى الولى أن يكون حلالا فان كان محرما بحج أو عمرة أو بهما معا ، فان له أن يلى عقد النكاح ، إستدل أصحاب القول الأول بالأدلة الآتية :

١ — مارواه مسلم عن عثمان بن عفان قال : قال رسول الله ﷺ لاينكح المحرم ولاينكح (٢) .

وجه الدلالة أن قوله « لا ينكح » بفتح الياء وكسر « الكاف » أى لا يزوج نفسه ، وقوله « لا ينكح » بضم الياء وكسر « الكاف » أى لا يزوج غيرة بولاية ولا بوكالة .

وعلى ذلك يكون الحديث دليلا علي تحريم العقد بولاية المحرم لنفسه أو لغيره .

ونوقش : بأن الحديث ضعيف قال عنه البخارى أن حديث عثمان ضعيف

---

١ — الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٣٠ ، ونهاية المحتاج ج ٥ ص ١٨٤ والمغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٥٧٩

٢ — سبل السلام ج ٣ ص ١٩٢ : نيل الأوطار ج ٥ ص ١٢

لأن فى إسناده تبيه بن وهب ، لا يصلح حجة [١] .

وعلى فرض صحته فيحتمل ان النهى فى قوله « لا ينكح المحرم » للتحريم والمراد بالنكاح فيه الوطء ، ويكون المراد من الجملة الثانية «ولا ينكح» النهى عن التمكين من الوطء ، أى لا تمكن المحرمة زوجها من وطئها ، والتذكير باعتبار الشخص ، لأن المحرم يتناول المحرمة أيضا ، لكونه فى تأويل من يحرم

أو يحمل النهى على نهى الكراهة ، وذلك لأن المحرم فى شغل عن مباشرة عقود الأنكحة ، لأن ذلك يوجب شغل قلبه عن الإحسان فى العبادة ، لما فيه من خطبة ومراودات ، ودعوة واجتماعات .

٢ - واستدلوا أيضا بقياس عقد النكاح على شراء الصيد بجامع أن كلا منهما عقد يمتنع المحرم عن فعله إلى الإحلال [٢] .

ونوقش : بأن النكاح حرم على المحرم ، لأنه من دواعى الوطء المفسد للحج ، ولا يحصل ذلك فيه بكونه وليا عن غيره ، وعلى ذلك فلا يكون القياس صحيحا .

واستدل أصحاب القول الثانى على أنه لا يشترط فى الولى أن يكون حلالا :

١ — ما أخرجه الستة عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم « زاد البخاري — وبنى بها وهو حلال [٣] ، وماتت بسرف » .

---

١ — ارشاد السارى لشرح صحيح البخارى ح ٨ ص ٥٧٩

٢ — فتح القدير ح ٢ ص ٢٧٥

٣ — نيل الأوطار ح ٥ ص ١٢ ، نصب الراية ح ٣ ص ١٧٠ فتح القدير ح ٣ ص ٢٧٤ وسرف ككتف مكان قرب مكة .

فقد دل الحديث على انه يجوز للمحرم أن يزوج نفسه ، وبالتالى يكون تزويج غيره جائز من باب أولى .

ونوقش هذا الدليل من وجوه

أولها : انه معارض بما رواه الجماعة إلا البخارى ، عن يزيد بن الأصم قال : حدثتنى ميمونة ان الرسول صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال ، قال وكانت خالتى وخالة ابن عباس (١) .

وأجيب عن ذلك : بأن حديث ابن الأصم لم يقو قوة ابن عباس لأن حديث ابن عباس مما اتفق عليه الستة ، وحديث يزيد لم يخرجه البخارى ولا النسائى ، وايضا لا يقاوم ابن الأصم ابن عباس حفظا وإتقانا — هذا فضلا عن انه قد صح من رواية عائشة وابى هريرة نحو ما روى عن ابن عباس

ثانيها : «أنه معارض بما أخرجه الترمذى وأحمد عن أبى رافع أن رسول ﷺ تزوج ميمونة حلالا ، وبنى حلالا ، وكنت الرسول بينهما» وصاحب القصه والسفير أولى لأنه أخبر وأعرف بها .

وأجيب : بأن ما روى عن أبى رافع لم يخرج فى واحد الصحيحين وان روى فى صحيح ابن حبان ، فإن لم يبلغ درجة الصحة ، ولذا لم يقل عنه الترمذي سوى أنه حديث حسن . قال : ولا نعلم أحد أسنده غير حماد بن زيد عن مطر الوراق عن ربيعة — وهذا فضلا عن أن رواية ابن عباس مثبتة لوقوع النكاح فى الاحرام ، والمثبت أولى من النافى (٢) .

---

١ — نيل الأوطار ﺟ ٥ ص ١٣

٢ — فتح القدير ﺟ ٢ ص ٢٧٥ ، نيل الأوطار ﺟ ٥ ص ١٣ .

ثالثها : أنه معارض بما أخرجه الطبرانى عن ابن عباس أنه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونه وهو حلال .

وأجيب: بأن الطبرانى عارض ذلك بعد أن أخرج تلك الولاية ، فأخرجه عن ابن عباس من خمسة عشر طريقا أنه تزوجها وهو محرم وفى لفظ وهما محرمان ، وقال هذا هو الصحيح .

الوجه الثانى : على فرض صحة ما روى عن ابن عباس ولا معارض له فيحتمل أن يكون المعنى أنه تزوجها وهو فى أرض الحرم وهو حلال ، فأطلق ابن عباس على من فى الحرم أنه محرم ، فانه يقال أنجد إذا دخل نجد، وأحرم إذا دخل أرض الحرم(١) .

وأجيب : بأن ذلك التأويل بعيد ، لأن حديث البخارى نص صريح فى أنه تزوجها وهو محرم ، وبنى بها وهو حلال لا يقبل التأويل .

الوجه الثالث : أن النكاح حالة الاحرام من خصائصه صلى الله عليه وسلم فلا يقاس عليه غيره (٢) .

وأجيب : بمنع الخصوصية ، لأن الأصل فى فعله صلى الله عليه وسلم وجوب التأسى به إلا ما قام الدليل على أنه خاص به لقوله تعالى « لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة » (الأحزاب / ٢١) .

واستدلوا ثانيا : بأن النكاح عقد كسائر العقود التى يتلفظ بها من شراء للتسرى وغيره ، ولا يمتنع شىء من العقود بسبب الاحرام ، ولو حرم لكان

---

١ — نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٣ . فتح القدير جـ ٢ ص ٢٧٥

٢ — نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٨٤

غايته أنه ينزل منزله نفس الوطء وأثره فى فساد الحج لا فى بطلان العقد(١).

والراجح ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة في إحدى الروايتين لقوة أدلتها ولأن الذين رووا ان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم أهل علم ومن أثبت أصحاب ابن عباس ، وهو أئمة فقهاء يحتج برواياتهم وآرائهم .

٣ — فتح القدير ص ٣٢٥

الولايه على المال

إذا كان للصغير مال إحتـــاج إلى من يقوم بحفظه وصيانته واستثماره ، ويسمى هذا بالولى الشرعى على الصغير .

وهذه الولاية تكون عند الحنفية أولا [١] للأب ثم لوصيه ثم لوصى وصيه، ثم للجد الصحيح وهو أبو الأب وإن عــلا ثم اوصيه ، ثم لوصى وصيــة ثم للقاضى ثم لوصى القاضى « وهو من يعينه القــــاضى وصياً » وقد حل محل القاضى الآن المحاكم الحسبية .

وعند المالكية والحنابلة [٢] تكون الولاية على الصغـير للأب ثم وصيه ثم للقاضى ووصيه لأن الجد عندهما ليست له ولاولاية على القــاصر ولا ينزل منزلة الأب .

وعند الشافعية تثبت للأب ثم للجد ثم لوصى الأب ثم لوصى الجد إذ يعتبرون الجد الصحيح فى منزلة الأب عند عدم وجوده لوفور شفقته مثله ثم للحاكم ثم لمن يقيمه الحاكم [٣] .

ومما سبق يبين :

١ — ان الأب مقدم فى هذه الولاية على غيره باتفاق المذاهب ، لأن هذه الولاية إنما تثبت على الصغار نظراً لمصلحتهم ، فانهم لما كانوا عاجزين عن التصرف بأنفسهم كان من الضــــرورى أن يتولى أمورهم أشخاص آخرون ينوبون عنهم فى تصرفهم وأساس ذلك توفر عامل العطف والشفقة إلى إحسان

١ — تبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٣ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ٥٥

٢ — حاشية الدسوقى ج ٣ ص ٢٠٦

٣ — نهاية المحتاج ج ٦ ص ٣ ١

التصرف فى شئون هؤلاء العاجزين ، فمن كانت شفقته أعظم وعطفه أوفر قدم على غيره ، ومن هذا الوجه كان تقديم الأب على غيره ، لأنه أقرب الناس إلى أولاده ، وشفقته فوق شفقة الكل .

٢ — تكون الولاية بعد الأب لمن يختاره الأب وصيا على أولاده عند الحنفية والمالكية والحنابلة . وهو مقدم على الجد عندهم ، لأن اختيار الأب له مع وجود الجد دليل على إن الأب يرى أن الوصى أصلح من الجد ، وأنه لا يريد أن ينيبة منابه ، ولما كان الأب مقدما على الجد فكذلك من ينيبه عنه ويقوم مقامه — وخالف الشافعية فى هذا الأئمة الثلاثة فقدموا الجد على وصى الأب ، وهذا لأن الجد عندهم ينزل منزلة الأب عندعدمه لوفور شفقته مثل الأب ، ولذلك ثبتت الولاية فى التزويج فتثبت له الولاية فى المال أيضا .

٣ — بعد وصى الأب تكون الولاية للجد عند الحنفية ، لأن أقرب الناس إلى الصغار وأصلحهم للقيام بشئونهم بعد الأب — وعند المالكية والحنابلة لا تثبت الولاية للجد أصلا ، لأنه لا يدلى إلى الصغير بنفسه وإنما يدلى إليه بالأب فلا تكون له الولاية على مال الصغير كالأخ .

٤ — تنتقل الولاية بعد الجد إلى وصيه عند الحنفية والشافعية .

٥ — تنتهى الولاية بالقاضى عند جميع الأئمة لأنه ولى من لا ولى له ، والقاضى لا يلى أمور القاصر بنفسه لكنه يكل أمورهم إلى من يعينهم من الأوصياء .

٦ — لا تثبت الولاية على المال لغير هؤلاء مهما قربت درجة قرابتهم من القاصر — فالأم والأخ والعم وغيرهم لا ولاية لواحد منهم على مال القاصر إلا بوصاية ، فلو أوصى الأب إلى الأم ، أو أقامها القاضى وصية على أولادها صح ذلك ، وكانت لها الولاية على المال بصفتها وصية مختارة من قبل الأب ،

أو وصية معينة من قبل القاضى لا بصفتها أما ، ومثل الأم فى هذا سائر الأقارب من العصبات النسبية وغيرها .

ويجرى العمل الآن فى المحاكم الحسبية على :

أن الولاية تثبت للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد إختار وصيا ثم لمن تعينه المحكمة وصيا .

نصت على ذلك المادة الأولى من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال ونصها « للأب ثم للجد إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا الولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ، ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن من المحكمة » كما نصت المادة ٢٩ على أنه « إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصيا » .

وقد وافق القانون مذهب الحنفية فى إثبات الولاية للجد الصحيح ، (١) وجعل ولايته بعد ولاية وصى الأب ، ولكنه قصر حق إقامة الوصى على الأب والمحكمة ، أما الجد ووصيه ووصى الأب فليس لهم حق إقامة الوصى فهو أسقط وصى الوصى للأب ، ووصى الجد من الأولياء اللذين اعتبرهما الحنفية كذلك قد أسقط وصى وصى الأب وهو يتفق مع مذهب الشافعية ، وأسقط وصى الجد وهو يتفق مع مذهب المالكية ، لأنهم لا يجعلون للجد ولاية على المال فضلا عن وصيه .

كما أن المادة الأولى نصت على إلزامية هذه الولاية ، فلا يجوز للولى أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة — والحكمة فى هذا مراعاة مصلحه المولى عليه حتى

١ - هناك خلاف فى المذهب الحنفى فيرى محمد أن الجد يتقدم على وصى الاب ومذهب أبى حنيفة أن وصى الأب هو الذى يتقدم .

تتخذ المحكمة فى هذه الحالة من الاجراءات ما يكفل مصالح من تشمله الولاية

ومثال الأسباب التى تبرر الإعفاء من الولاية : كون الولى طاعنا فى السن أو مريضا وفى حاجة إلى الرعاية ولا يستطيع بالتالى القيام بما تتطلبه رعاية أموال القاصر من واجبات والتزامات .

وإذا ما قبلت المحكمة تنحى الولى أقامت وصيا على القاصر يرعى مصالحه. وذلك إذا كان الولي هو الجد الصحيح أو كان هو الأب ولم يختر وصيا أو لم يوجد الجد الصحيح.

شروط الولى على المال :

إشترط الفقهاء لثبوت الولاية على المال ما يأتى :

أولا : أن يكون عاقلا، بالغا، حراً ، لأن من فقد وصفا من هذه الأوصاف كان فاقد الأهلية ، أو ناقصها ، فلا يكون أهلا للولاية على مال نفسه ، وإذا لم يكن أهلا للولاية على مال نفسه لايكون أهلا للولاية على مال غيره من باب أولى ، لأن الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة .

ثانيا : ألا يكون سفيها يخشى منه على مال القاصر، فلو كان سفيها محجوراً عليه بالفعل للسفه فالأمر واضح لأنه لا يلى أمور غيره ، وإن لم يكن محجوراً عليه ولكنه سفيه مبذر يخشى على مال الصغير منه لاتكون له الولاية أيضا .

ثالثا : أن يكون متحداً مع الصغير فى الدين فلو كان الأب غير مسلم وأولاده مسلمون كأن تسلم أمهم وهم صغار وبقى هو على دينه فاعتبروا مسلمين تبعا لأمهم لاتثبت الولاية له عليهم .

علما أنه إذا لم يوجد الولى الشرعى تنتقل الولاية كما قدمنا إلى القاضى. وفى هذه الحالة لايشترط الاتحاد فى الدين لأن ولاية القاضى ولاية عامة مستمدة من رئيس الدولة الذى هو ولى من لا ولى له من رعايا المسلمين وغير المسلمين ..

رابعا : ألا يقوم بالولى سبب من أسباب سلب الولاية أو سقوطها أو وقفها.

قضت المادة الثانية من القانون ١١٩ لسنة ١٩٢٥ على أنه « لايجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توفرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو

حكم عقود الولى وتصرفاته :

القاعدة العامة التى تحكم عقود الولى وتصرفاته التقيد بالنظر فى التصرف وبما يحقق المصلحة العامة للمولى عليه .

وبناء على ذلك لا يكون للولى سلطة فى مباشرة التصرفات الضارة ضررا محضا كهبة شىء من مال المولى عليه أو التصدق به ، أو البيع والشراء بغبن فاحش ولهذا تبطل تصرفاته الضارة دون قبول الاجازة من أحد — أما التصرفات النافعة نفعا محضا كقبول الهبة والصدقة والوصية له ، وكفالة الغير للمال فهى جائزة ويكون للولى مباشرتها ، ومثلها التصرفات التى تدور بين النفع والضرر كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار والشركة والقسمة ، فان الولى له أن يباشرها إلا إذا ترتب عليها ضرر ظاهر. ولزيادة الإيضاح نفصل القول فى تصرفات كل من الأولياء وبيان ما يجوز منها وما لايجوز .

أولا : تصرفات الاباء فى أموال اولادهم

يختلف حكم تصرفات الآباء فى أموال أبنائهم بحسب صفاتهم وهم حسب ذلك على أربعة أنواع :

أ — آباء معروفون بالتبذير والإسراف وعدم الأمانة على أموال أولادهم وهؤلاء لا ولاية لهم على مال أولادهم ، وليس لهم أن يتصرفوا فيها أصلا ، بل إن القاضى ينزع المال من يد الأب ، ويسلمه إلى وصى يختاره ليتصرف فيه بما يعود على الصغار بالنفع .

ب — آباء معروفون بسوء التدبير وفساد الرأي ، ولكنهم أمناء. فهؤلاء تثبت لهم الولاية على مال أولادهم الصغار ومن في حكمهم ، ذلك لأن فساد الرأى وسوء التدبير لا ينقص شيئا من شفقة الأب وعطفه على أولاده ما دام لم يظهر منه أضرار بأموالهم فلا وجه لسلب الولاية من الأباء في هذه الحالة ، إلا أنه نظراً لسوء تدبيره وفساد رأيه اشترط لصحة تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر كالبيع ونحوه أن يكون فيها منفعة ظاهرة لمن فى ولايته .

وفسر بعض العلماء المنفعة الظاهرة فى العقار ببيعه بضعف قيمته ، وبشرائه بنقص يساوى ثلث قيمته ، كأن يشترى ما يساوى خمسة عشر جنيها بعشرة — وفسرها بعضهم بما يكون فيه خير المولى عليه من غير تقييد بالضعف أو بالثلث ، وبلا تفرقة بين العقار والمنقول ، ولكن الفتوى على التفسير الأول .

ج — آباء مستور حالهم لم يعرفوا بسوء الاختيار ولا فساد الرأي .

د — آباء معروفون بحسن الرأى والتدبير ، وهؤلاء هم والذين قبلهم تثبت لهم الولاية التامة على أموال أولادهم الصغار ومن فى حكمهم ولو كانوا فى حضانة غيرهم.

والقاعدة العامة فى تصرفات النوعين الآخيرين من الآباء إنهم يملكون جميع التصرفات التى يكون فيها حفظ مال المولى عليه وتنميته واستثماره سواء أكان المال منقولا أو عقاراً ، وتكون جميع تصرفاتهم صحيحة نافذة إلا ما كان منها ظاهر الضرر — ولا يشترط فى تصرفاتهم أن تكون منفعتها ظاهرة كما فى الآباء المعروفين بفساد الرأى وسوء التدبير ، لأنه لحسن تدبيرهم وأصالة رأيهم لا يقدمون على عمل إلا إذا نظروا فى عاقبته ،

ومن هنا أجاز فقهاء الحنفية للأب أن يبيع أموال أولاده الصغار ، وأن يشترى لهم سواء كان ما يبيعه أو يشتريه من المنقولات أو العقارات مادام البيع أو الشراء بمثل القيمة أو بغبن يسير (وهو ما يتغابن فيه الناس عادة) ويكون شراؤه صحيحا ، وليس لأحد نقضه لا القاضى ولا الصغير إذا بلغ ، لصدوره

عن ولاية تامة ، ولعدم وجود ما يوجب نقضه — أما في حالة البيع والشراء بمثل القيمة فالأمر ظاهر — وأما في حالة البيع والشراء بالغبن اليسير ، فلأنه لا بد من حصوله في المعاملات المالية ، فاذا لم يغتفر أدى ذلك إلى سد باب التصرفات .

أما إذا كان البيع من الأب أو الشراء بغبن فاحش ، وهو مالا يتغابن فيه الناس عادة ، فان العقد لايكون صحيحا غير أنه في حالة الشراء ينفذ العقد على الولى ، لأنه نافذ على العاقد فينفذ عليه ، بخلاف البيع فانه لايجد نفاذا ، لأن في نفاذه تمليك مال الولد للصغير ، ولا يملك الولى ذلك مادام العقد (١) ظاهر الضرر .

وهذا على المفتى به في مذهب الحنفية — وهناك رأى آخر في المذهب الحنفي يقول : إن الأب لايجوز له أن يبيع العقار الا بمسوغ شرعى كأن يكون الصغير في حاجة إلى ثمنه (٢) .

كذلك أجاز الحنفية للأب إذا كان وليا معروفا بحسن الرأى والتدبير أو مستور الحال أن يبيع مال نفسه لولده الصغير ومن في حكمه — وأن يشتري مال ولده لنفسه إذا كان البيع أو الشراء بمثل القيمة أو بالغبن اليسير — وفي هذه الحالة يتولى الأب طرفي العقد في البيع بمجرد قول الأب : بعت هذا المال لولدى وفي حالة الشراء بمجرد قول الأب : إشتريت يتم العقد ، وهذا إستثناء من القاعدة العامة التي تمنع أن يتولى الواحد طرفي العقد في العقود المالية — وسبب هذا الاستثناء أن الاب لوفور شفقته لايقدم على ما يكون فيه ضرر

---

١ — بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٥٣

٢ — أحكام الصغار جـ ١ ص ١٩٢

لولده ، وربما كان فى العقد الذى يتولاه مصلحة ، وإيثار للصغير [1] .

لكنهم لم يجيزوا للأب ولو كان حسن التدبير أن يهب شيئا من مال الصغير ومن فى حكمه ، ولا أن يتصدق على آخر منه ، ولا أن يوصى بشىء من مال الصغير ولا أن يتبرع به ولو كان التبرع لأداء واجب إنسانى أو عائلى لأنها من التصرفات الضارة ضرراً محضا فلا يملكها الولى ولو كان أبا .

وكذلك لم يجيزوا له أن يقرض مال الصغير للغير ، ولا أن يقترض لنفسه لأن فى الإقراض أو الإقتراض تعطيل المال عن الاستثمار ، والولى مأمور بتنميته بقدر الإمكان .

أما رهن مال الصغير فى دين على الأب : فقد اختلف فقهاء المذهب الحنفى فى ذلك . فأجازه أبو حنيفة ومحمد فقالا يجوز للأب أن يرهن شيئا من مال ولده فى دين نفسه — وقال أبو يوسف وزفر لايجوز له ذلك .

وجه قول أبى يوسف : أن الرهن يؤدى إلى إيفاء الأب دينه من مال الصغير وهو ضرر محض بالصغير فلا يجوز ، ولأن الرهن فيه تعطيل لمنفعة المال إذ يبقى محبوساً إلى أن يسدد الدين ، وربما طال الزمن لعدم قدرة الأب على السداد .

ووجه قول أبى حنيفة ومحمد : إن الاب يملك إيداع مال ولده ، والرهن أنظر من الإيداع ، لأن الرهن إن هلك كان مضمونا على المرتهن بالأقل من القيمة والدين ، والوديعة لو هلكت لايضمنها المودع فيملكه الاب بالطريق الأولى .

---

١ — الزيلعى جـ ٥ ص ٣٢١

ويقول علماء الحنفية إن قول أبي يوسف وزفر هو القياس ، وقول أبي حنيفة هو الاستحسان ، ومعنى هذا أن الفتوى على قول أبي حنيفة ومحمد دون قول أبي يوسف وزفر لأن الاستحسان راجح على القياس إلا في مسائل مخصوصة ليست هذه منها ، ولكن لا يخفى وجاهة قول أبي يوسف وزفر وقوة حجتهما إذ أن الاب في حالة الإيداع يملك استرداد الوديعة في أي وقت

ما يجرى عليه العمل قانونا في تصرفات الاب :

تناول القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ تصرفات الولى على المال في المواد من الرابعة إلى الرابعة عشرة (١) .

ففي المادة الرابعة نص على أنه « يقوم الولى على رعاية أموال القاصر وله إدارتها ، وولاية التصرف فيها مع مراعاة الاحكام المقررة في هذا القانون » .

فالمادة بينت الاحكام الخاصة بواجبات الولى وسلطته ، ومؤداها أن الولى يقوم برعاية أموال القاصر ، وأن له — نظرا لافتراض وفرة الشفقة — إدارة أمواله والتصرف فيها .

أما بقيه المواد من الخامسة إلى الرابعة عشرة فتضمنت القيود التى فرضها القانون على حق الولى في التصرف في مال القاصر وإدارته ، وأبقى ما عداها مباحا تباعا للشريعة الإسلامية .

ففي المادة الخامسة نص على أنه « لايجوز للولى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وباذن المحكمة » فبينت المادة حكما عاما في شأن التبرعات . وقضت بمنع الولى من التبرع بشيء من مال القاصر ، لكنها استثنت

١ — بدائع الصنائع ج ٦ ص ، وتبين الحقائق للزيلعي ج ٦ ص ٧٢ وفتح القدير والعناية ج ٨ ص ٢٠٩

من ذلك التبرع لأداء واجب إنسانى أو عائلى ، كما اشترطت لصحة هذا التبرع إذن المحكمة فاذا تبرع الولى بغير إذن المحكمة كان تبرعه باطلا ، وألزم بدفع ما تبرع به من ماله الخاص وللمحكمة مطلق الحرية فى تقدير ظروف التبرع والدافع اليه ، وتقدير مال الصغير وما إذا كان يتحمل التبرع أم لا .

وما قررته المادة الخامسة يتفق مع ما نص عليه فقهاء الحنفية من منع الولى من التبرع بشىء من مال القاصر ، ولكنه يختلف معه فى هذا الاستثناء .

والذى دعا إلى هذا الاستثناء أنه وجد إن أنفاق المال فى سبيل المصالح الاجتماعية كإنشاء ملجأ أو مستشفى ، أوالواجبات العائلية كتقديم هدية لمتزوج أو مواساة مريض أو معوز فهذا لا يعد من الاتلاف للمال طالما كان المقصود به خدمة المجتمع أو الاسرة .

ومنع الولى من التبرع بشىء من مال القاصر يتفق مع ماقدمنا من مذهب الحنفيـة أما أجازة التبرع بشىء من ماله لأداء واجب إنسانى أو عائلى بعد استئذان المحكمة لا يتفق مع مذهب الحنفية ولكنه يتفق مع مذهب الأئمة الثلاثة فانهم يوجبون الزكاة فى مال القاصر فيمكن أن يعتبر ذلك التبرع على هذا الوجه .

أما المادة السادسة التى نصها (لا يجوز للولى أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ، ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه) فقد تضمنت المادة أن الولى يمنع من التصرف فى عقار القاصر ببيع أو إجارة لنفسه أو لزوجه أو أقاربه أو أقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا إذا أذنت المحكمة بذلك ، والغرض من هذا التقييد هو رعاية مصلحة الصغير لاحتمال أن يكون فى التصرف محاباة لأحد

الاقارب فاذا توقف التصرف على إذن المحكمة كان ذلك ضمان لانتفاء المحاباة ، وتحقق من عدالة التقابل — ولأن فى تدخل القاضى تحقيق مصلحة القاصر ، ونظراً لما فى البيع من التهمة التى تستوجب أخذ الإذن من المحكمة قبل الإقدام ، والشريعة الإسلامية لاتجيز التصرفات التى يكون احتمال التهمة فيها قائماً . ولهذا منعت شهادة الوالد لولده ، وشهادة الزوج لزوجته وبالعكس .

كذلك تضمنت المادة السادسة منع الولى من رهن مال الصغير فى دين على الولى نفسه ، لأن الرهن غالبا مايفضى إلى استيفاء الدين من مال الصغير وفى إباحة الرهن ما ييسر للأب الالتجاء اليه كلما وقع فى ضيق مالى ، فكان من المصلحة أن يجنب الصغير هذا الخطر .

وما جاء فى هذه المادة لايخرج عن الآراء الواردة فى فقة الحنفية فقد رأينا أبا يوسف وزفر لايجوزان للأب أن يرهن مال ولده فى دين نفسه كما قدمنا

ونصت المادة السابعة على أنه « لا يجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة — ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الاذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة » .

والمقصود من هذا القيد هو اجراء وقائى ، وتوفير أكبر قسط من الضمانات لرعاية مصالح المشمولين بالولايه ، وهذا لا تأباه مبادىء الشريعة الإسلامية التى تحيط القاصر بكل ضروب الحياطة ، ونهت عن قربان ماله إلا التى هي أحسن .

ونصت المادة الثامنة على أنه « إذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لا يتصرف وليه فى المال المورث فلا يجوز الولى أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة وتحت اشرافها .

ونصت المادة التاسعة على أنه « لا يجوز للولى إقـراض مال الصغير ولا اقتراضه إلا بإذن المحكمة » — وهذا لـكى تتحقق من أن الاقــراض أو الاقتراض لن يضر بمال القاصر، أو يعرضه للضياع .

ونصت المادة العاشرة على أنه « لا يجوز للولى بغـير اذن المحكمة تأجـير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة) .

وهذا لكون الولاية تنقضى ببلوغ القاصر هذه السن .

ونصت المادة الحادية عشرة على أنه « لا يجوز للولى أن يستمر فى تجارة آلت للقاصر إلا بإذن المحكمة وفى حدود هذا الاذن » .

وهذا النص كما تقول المذكرة الايضاحية مستمد من بعض التقنينــات الأجنبية وقد روعى فى الأخذ به ما للاستمرار فى التجارة من أهميـة بالنسبة إلى مسئولية القـاصر فى ماله ، وما ينبغى أن يتـوافر فى الولى الذى يؤذن له بالاستمرار من خبرة خاصة فى هذا الشأن ، وهـذا أيضا أمر لا تأباه روح الشريعة الإسلامية .

وقد أجازت المادة الرابعة عشرة التى نصها أن « للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك .

ومقتضى ذلك أن يكون للأب حق التعاقد فيما عــدا الاستثناءات التى التى ينص عليها هذا القانون وذلك لأن افتراض وفرة الشفقـة فى الأب يشفع فى إعفاء الأب من القواعد العامة المتعلقة بهذا المنع .

ومما تجدر الاشارة إليه أن المادة الثالثة من قانون الولاية على المـال قضت

باخراج ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع من نطاق الولاية متى اشترط المتبرع ذلك — فلو أوصت الأم المختلفة مع الأب مثلا لولدها ، واشترطت ألا يتولى أبوه أمر ذلك المال الذي اوصت به ، فإن هذا المال لا يدخل تحت ولاية الأب ، ويجوز للمتبرع فى هذه الحالة أن يختار الوصى الخاص بالمال الذى تبرع به ، ويجب أن يعرض هذا الاختيار على المحكمة .

أما إذا اكتفى المتبرع بأن اشترط ألا يتولى الولى أو الوصى العام إدارة المال الذى تبرع به ولم يختر وصيا فإن المحكمة هي التى تعين الوصى الخاص لإدارة هذا المال الذى آل إلى القاصر بطريق التبرع ، ولا تتعدى وصايته هذه الحدود .

وواضح أن هذا الحكم يتفق مع إرادة المتبرع فقد يرى أن يجعل المال الذي تبرع به بمنأى عن ولاية الولى لاعتبارات خاصة ، وليس من المصلحة أن تفرض سلطة الولى على نحو قد يحرم الصغير من تلقى التبرعات .

ومقتضي مذهب الحنفية أن هذا الشرط غير صحيح ، والشرط غير الصحيح لا يؤثر عندهم فى عقود التبرعات فيصح العقد ويلغو الشرط ، ولكن الحنابلة يصححون مثل هذا الشرط ولا يحكمون بإلغائه ، ومن ثم لا يكون هذا الحكم خارجا عن نطاق الفقه الإسلامى .

وصى الأب :

الايصاء والوصية فى اللغة بمعنى واحد يقال أوصي فلان إلى فلان بكذا ، وأوصى له بكذا بمعنى عهد إليه .

ولكن الفقهاء يفرقون بين الايصاء والوصية ، فيقولون إن أوصى لان

لفلان بكذا يكون المعنى تبرع له ، وملكه مالا بعد وفاته — وإن أوصى فلان إلى فلان بكذا معناه عهد إليه بالاشراف على شئون أولاده من بعده .

وعلى هذا فوصى الأب : هو من يقيمه الأب خليفة عنه فى الولاية على أولاده القصر ويسمى « الوصى المختار » .

وتكون إقامة الوصى المختار بعقد الايصاء — ولا يتم هذا العقد إلا بايجاب من الموصى ، وقبول من الوصى ، ولا يشترط فى كل من الايجاب والقبول أن يكون بألفاظ مخصوصة بل يصح بكل لفظ يدل على تفويض الأمر إلى الوصى بعد موت الموصى مثل جعلت فلانا وصيا ، أو عهدت إليه بمال أولادى بعد وفاتى وما أشبه ذلك .

ولا يشترط فى القبول أن يكون فى مجلس الايجاب ، بل يمتد زمنه إلى ما بعد موت الموصى ، لأن أثر عقد الايصاء إنما يظهر بعد موت الموصى فكان القبول ممتداً إلى ما بعده .

وقد اشترط القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٢٥ م لتعيين الوصى المختار فى المادة ٢٨ التى نصها « يجوز للأب أن يقيم وصيا مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن ، ويجوز ذلك أيضا للمتبرع فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٣ — ويشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب أو المتبرع فيها مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه، ويجوز للأب والمتبرع بطريق الوصية فى أى وقت أن يعدلا عن اختيارهما ، وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبتها » .

فها هو القانون يشترط لتعيين الوصى المختار أن يكون الاختيار ثابتا بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب ، أو بورقة مكتوبة بخطه

وموقعه بإمضائه حسما للمنازعات الخاصة بالاثبات ، ولا يصير الوصى المختار وصيا فى نظر القانون إلا إذا أقرته المحكمة — فإذا تبين المحكمة أن الوصى الذي اختاره صالح لأن يكون وصيا لتوافر الشروط الواجب توافرها فى الوصى قررت تثبيت وصايته ، وإذا تبين للمحكمة أنه غير صالح لأن يكون وصيا لعدم توافر الشروط الواجب توافرها فى الوصى اعتبر هذا الاختيار كأن لم يكن ، وفى هذه الحالة تعين المحكمة وصيا بدل الوصى المختار .

شروط الوصى :

يشترط فى الوصى سواء كان وصيا مختارا أو وصيا معينا من قبل القاضى أن يكون كامل الأهليه (عاقلا بالغا حرا) وأن يكون عدلا أمينا قادرا على إدارة شئون من له الوصاية عليه ، وأن يكون متحدا فى الدين مع من له الوصاية عليه ، فلا يصح الإيصاء للصغير والمجنون والمعتوه والعبد ومن لا يحسن التصرف لأنه لا ولاية لواحد من هؤلاء على مال أنفسهم فلا يكون له حق التصرف فى مال غيرهم — كذلك لا يصح الإيصاء لمن يكون مخالفا للقاصر فى الدين ، لأن الإتفاق فى الدين باعث على العناية بالقاصر ، والاهتمام بأمره ، والاختلاف فى الدين باعث فى الغالب على ترك النظر فى صالح من يخالفه فى دينه .

وشرط تحقق هذه الشروط المذكورة إنما هو بعد وفاة الموصى ، لأن هذا الوقت هو وقت تنفيذ الإيصاء ، فيكون هو المعتبر دون غيره .

فان لم يكن الوصى مستوفيا لهذه الشروط عند الوفاة صحت إقامته سواء كان رجلا أو امرأة وارثا أو غير وارث .

أما القانون . فقد نص فى الماده ٢٧ منه « على أنه « يجب أن يكون

الوصى عدلا كفؤا ذا أهلية كاملة — ولا يجوز بوجه خاص أن يعين وصيا

١ — المحكوم عليه فى جريمة من الجرائم المخلة بالأدب أو الماسة بالشرف أو النزاهه ، ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقـوبة مدة تزيد على خمس سنوات جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط .

٢ — من حكم عليه لجريمة كانت تقتضى قانونا سلب ولايتـه على نفس القاصر او أنه كان فى ولايته .

٣ — من كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعـة للتعـيين .

٤ — المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره .

٥ — من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر .

٦ — من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك ، ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدق على إمضاء الأب فيهـا أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضاءه .

٧ — من كانت بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائى ، أو من كان بينه وبين القاصر او عائلته عداوة إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر .

ويجب على كل حال أن تكون طائفة القاصر . فإن لم يكن فمن أهل مذهبه وإلا فمن أهل دينه .

ومثال ذلك : أن يكون القاصر قبطيا كاثوليكيا . فيتعين هنا أن يكون

الوصى من طائفة القاصر الأقباط الكاثوليك — فان لم يكن فمن أهـل مذهبه «الكاثوليكية» وإن لم تتوافر الصلاحية فى أحد المنتمين إلى هذا المذهب فمن أهل دينه وهو المسيحية .

والقانون إنما اشترط ذلك ضمانا لشفقة الوصى على من له الوصاية عليه وحسن عنايته به .

أما الأنوثة :

فلا تمنع الشريعة الإسلامية المـرأة من حق تعيينها وصيـا على أموال أولادها القصر — كما أنه ليس فى نصوص القانون ما يمنع من ذلك — وعلى هذا استقر القضاء : فقضى بأن أم القاصر هي أشفق عليه وأرفق به ، ولديها من الغيرة عليه والعناية بأمره مالا يتوافر على الوجه الأكمـل عند غيرهـا من ذوى الأرحام ، فيجب إذن تعيين الأم وصية على ولدهـــا القاصر دون ذوى الرحم عندما يثبت إن الأم أهل الوصاية ، لعندها من الكفـاءة والاقتدار ما تستطيع معه القيام بهذه المأمورية على ما ينبغي أن يكون .

كما أن زواج المرأة لايمنع من صلاحيتها للقيام بأعباء الوصاية .

اجراءات تعيين الوصى :

نصت المادة (٩٨٩) فى الكتاب الرابع من قانون المرافعات على أنه « على الأقارب المقيمين فى معيشة واحدة مع المتوفى، وعلى ورثته البالغين، والمأمورين والموظفين العموميين الذين أثبتوا الوفاة ، وكذلك مشايخ البـلاد أن يبلغوا العمدة أو شيخ الحارة فى ظرف أربع وعشرين ساعة بوفاة كل شخص توفى عن حمل مستكن أو قصر أو عديمى أهلية أو ناقصيها أو غائبين و بوفاة الولى أو الوصي والقيم أو الوكيل عن الغائب ، ويجب على الأقارب البالغين كذلك

ن يبلغوا عن فقد أهلية أحد أفراد الأسرة أو غيابه إذا كان مقيما معهم فى معيشة واحدة — وعلى العمد ومشايخ الحارات أن يبلغوا ذلك إلى النيابة العامة بالمحكمة التى يقع فى دائرتها محل عملهم فى ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت إبلاغهم ذلك أو علمهم به » .

ونصت المادة ٩٨٦ « مرافعات على أنه « تعين المحكمة النائب عن عديمى الأهلية ... ... وعلى النيابة أن تتخذ الإجـــراءات اللازمة لترشيح من يصلحون (أى للوصاية) وأن ترفع هذا الترشيح للمحكمة خلال ثمانية أيام على الأكثر من تاريخ الوفاة .

ونصت المادة ٩٨٨ مرافعات على أنه « تبلغ النيابة الأوصياء القرار الصادر بتعيينهم إذا صدر فى غيبهم » .

حكم تصرفات وصى الأب

يعتبر وصى الأب قائما مقام الأب وخلفا عنه فيملك جميع التصرفات التى يملكها الأب والتى قد تقدم بيانها إلا فى مسائل خاصة يختلف فيها وصى الأب عن الأب من هذه المسائل :

١ — بيع العقار :

فقد تقدم أن للأب أن يبيع عقار ولده مادام البيع بمثل القيمة أو بغبن يسير — أما وصي الأب المختار فلا يجوز له أن يبيع العقار إلا إذا كان هناك مسوغ شرعى ، لأن العقار محفوظ بنفسه فلا حاجة فيه إلى البيع إلا إذا وجد مسوغ شرعى كأن يكون بيع العقار خير للصغير من بقائه وذلك فى الحالات الآتية :

أ — أن يرغب شخص فى شراء العقار بضعف قيمته أو أكثر لمصلحة له فى ذلك فان الوصى فى هذه الحالة يستطيع أن يشترى للصغير بالثمن عقاراً أنفع من الذى باعه .

ب — أن تكون ضريبة العقار وما يصرف عليه للصيانة أو الزراعة تزيد على غلاته .

ج — أن يكون القاصر فى حاجة إلى النفقة ولا سبيل إلى تدبير ذلك إلا ببيع العقار المملوك له ، فيسوغ للوصى أن يبيع منه قدرما يكفى للانفاق على القاصر .

٣ — بيع الوصى مال نفسه لليتيم أو شراء مال اليتيم لنفسه

فان الأب يجوز له ذلك متى كان البيع أو الشراء بمثل القيمة — أو بغبن يسير أما وصى الأب فلا يجوز له ذلك إلا إذا كان فى البيع أو الشراء منفعة ظاهرة للصغير .

وتتحقق هذه المنفعة الظاهرة فى رأى بعض الفقهاء بأن يبيع للقاصر العقار بنصف القيمة ، ويشترى منه العقار بضعف قيمته — وفى غير العقار يبيع له مايساوى خمسة عشر بعشرة ، ويشترى منه مايساوى عشرة بخمسة عشرة وهذا على القول المفتى به فى مذهب الحنفيه وهو رأى الامام أبى حنيفة .

وقال محمد وأبو يوسف فى أظهر الروايات انه لايجوز للوصى ان يبيع او يشترى من مال الصغير مطلقا لعدم وفور شفقته ، ولأنه متهم فى هذا التصرف .

والسبب فى هذه التفرقة واضح لأن شفقة الأب وحرصه على مصلحة أولاده لايحتاج إلى ضمان بعدها . وليس كذلك الوصى لأنه قد يؤثر مصلحته على مصلحة القاصر . فلهذا كان فى حاجة إلى ضمان يحقق مصلحة الصغير .

أما إذا كان بيع مال الصغير لأجنبي، أو الشراء للصغير من الأجنبي فلا يشترط لانتفاء التهمة عن الوصى .

تصرفات وصى الاب فى القانون :

منعت المادة ٣٨ من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الوصى من التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى أو بأذن المحكمة ، وهو في هذا يتفق مع الأب .

وكذلك المادة ٣٩ منعت الوصي من مباشرة بعض التصرفات إلا بإذن المحكمة . وهذه التصرفات هي :

١ — جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعيه أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات التى تقرر حقا من الحقوق المذكورة (كالقسمة أو الصلح . وقد رئى أن يكون النص عاما شاملا للتصرفات المتقدم ذكرها نظراً لأهمية الثروة العقارية فى مصر)

٢ — التصرفات فى المنقولات أو الحقوق الشخصيه ، أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة كبيع المحصول . أو بيع ما جرى العرف ببيعه من نتاج المواشى . فمثل هذه التصرفات تستثنى من نطاق الإذن .

٣ — الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الادارة .

٤ — حوالة الحقوق والديون التى للقاصر ، وقبول الحوالة عليه ، وإقراض ماله واقتراضه .

٥ — إستثمار أموال القاصر وتصفيتها (ويقصد بالاستثمار توظيف المال بقصد الحصول على ربح أيا كانت صورة هذا التوظيف كشراء نوع من

الأسهم والسندات أو دفع جزء من المال إلى أحد التجار على سبيل الشركة ، أو لاستغلاله فى عملية معينه) .

٦ — إقتراض المال وإقراضه ، لأن الاقتراض غالباً ما يؤدى إلى ترتيب مسئوليات يجب التثبت من وجاهة العلة التى تبررها ، كما أن الإقراض ينطوى على مخاطرة برأس المال ، ومثل هذه المخاطرة لايلجأ اليها إلا إذا اقتضت المصلحة ذلك .

٧ — إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى . وكذلك إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى مابعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة .

٨ — قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها .

٩ — الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقه مقضياً بها بحكم واجب التنفيذ .

١٠ — الوفاء الاختياري بالالتزامات التي تكون على التركة أو على القاصر.

أما الوفاء الذى يتم بناء على حكم أو بنـــاء على سند رسمي واجب التنفيذ فلا يحتاج إلى إذن المحكمة » .

١١ — رفع الدعاوى إلا ما يكون فى تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له .

١٢ — التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العاديه ، والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ، ودفع الطعون غير العادية فى الأحكام .

١٣ — التنازل عن التأمينات أو إضعافها (لأنه ينطوى على تفويت مصلحة للصغير فينبغى أن يتثبت القضاء من قيام المبررات التي تدعو إلى مثل هذا التنازل قبل الإذن به .

١٤ — إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجته او لأحد اقاربهما إلى الدرجة الرابعة او لمن يكون الوصى نائباً عنه .

١٥ — ما يصرف فى تزويج القاصر .

١٦ — تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفاق اللازم لمباشرة القاصر مهمة معينة والمادة ٤٠ تحتم استئذان الوصى المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة فى ذلك . كما توجب على الوصى ان يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبيت من عدالتها .

الأيصاء لأكثر من واحد:

يجوز للموصى شرعا ان يوصى لأكثرمن واحد بعقد او بعقدين.وايضا للقاضى أن يعين اكثر من وصى، فاذا نص فى الوصايةعلى ان كلا منالوصيين ينفرد فى التصرف . كما إذا قال الموصى اقمت فلانا وفلانا وصيين على ان ينفرد كل منهما بالتصرف . إتبع ما نص عليه . وكذا إذا نص على الإشتراك بين الوصيين وعدم إنفراد احدهما بالتصرف دون الآخر . يتبع النص .

فاذا أوصى لهما وصية مطلقة غير مقيدة بانفراد او عدمه كمن قال لرجلين جعلتكما وصيين فقد اختلف الحنفية .

فأبو حنيفة ومحمد يريان ان الوصيين يشتركان فى التصرفات ، ولا يجوز لأحدهما الإنفراد بالتصرف . وابو يوسف يجوز لكل من الوصيين أن ينفرد بالتصرف . ودليله على ذلك ان الوصاية انما تثبت بطريقالولاية ، وذلكبانتقال

ولاية الموصى الى الوصى ، ومن المقرر الثابت : ان الولاية اذا ثبتت شرعا لاثنين ابتداء تثبت لكل منهما كاملة على الانفراد كوليين فى الزواج متساويين فى الدرجة وقوة القرابة (أخوين شقيقين فلكل منهما أن يتولى التزويج منفرداً فكذلك الولاية التى تثبت بطريق الخلافة عن الموصى . لأن الولاية لاتتجزأ . فاذا ما تثبت لشخص تثبت له كاملة . ومن المقرر ان الوصاية خلافة عن الموصى. اذ الوصى يتصرف بولاية منتقلة اليه من الموصى ، وهذه الخلافة انما تتحقق بانتقال الولاية اليه على الوجه الذى كان ثابتاً للموصى وقد كان بوصف الكمال.

وقال الإمام محمد لايجوز لأحدهما ان ينفرد لأن الولاية للوصى انما ثبتت بطريق تفويض الموصى اليه ، ولم تثبت له ابتداء من الشرع كولاية الأب والجد وولاية الأخوين فى التزويج ، فيجب ان يراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع والاشتراك فى التصرف لكونه شرطاً مقيداً لأن رأى الواحد لايكون كرأى الاثنين . والموصى لم يرض إلا بتصرف الاثنين واجتماعهما فى التصرف ، بخلاف الاخوين فى ولاية التزويج لأن السبب هناك القرابة وقد قامت بكل منهما كملا وثبتت لهما ولاية التزويج من الشارع ابتداء، ولم يتلقيا الولاية من الغير بطريق التفويض ، كما هو الشأن فى ولاية الوصى . فقياس ولاية الوصيين على ولاية الوليين المتساويين فى درجة القرابة وفى قوتها قياس مع الفارق فلا يجوز .

وأقوى الرأيين هو الرأى الأخير : رأى الطرفين . وفى العمل به تحقيق الهدف الذى ينشده الموصى من إقامة وصيين فأكثر فما أقدم على تعدد الأوصياء إلا وهو يريد اجتماع رأيهم واشتراكهم فى التصرف . وغير خاف أن النظر للمولى عليه يتحقق بالاشتراك دون الانفراد .

وكذلك لو أجيز لكل واحد من الوصيين أو الأوصياء أن ينفرد بالتصرف لأدى هذا إلى اختلافهم فى التصرفات وتزاحمهم عليها . فتكون

النتيجة تعارض التصرفات واختلال الإدارة فيلحق القاصر من جراء ذلك ضرراً بالغاً .

ويظهر أثر هذا الاختلاف فى حالة انفراد أحد الوصيين بالبيع أو الشراء فعلى مذهب أبى يوسف يكون التصرف صحيحاً نافذاً بدون توقف على إجازة الوصى الآخر . وعلى مذهب الطرفين يتوقف نفاذه على إجازة الوصى الآخر وموافقته .

لكن الطرفين استثنوا بعض مسائل من مذهبهم فلم يشترطوا إشتراك الوصيين ، ولا اجتماع رأيهما لنفاذ التصرف ، فقالا بنفاذ التصرف فيها بمباشرة أحد الوصيين لها منفرداً بدون توقف على إجازة الآخر . ويمكن أن تندرج المسائل فى الحالتين الآتيتين :

أ — الأمور التى لاتحتمل تأخيراً حتى يرجع إلى الوصى الآخر . مثل تجهيز الميت ، وبيع ما يخاف عليه الفساد والتلف . وشراء حاجيات الصغير الضرورية ، وقبول الهبة وسائر التبرعات للصغير لأن فى تأخير قبولها خوف فواتها .

ب — الأمور غير المحتاجة إلى أخذ الرأى مثل رد الودائع المعلومة المعينة إلى أصحابها ، وقضاء الديون الثابتة ، وتنفيذ الوصية النافذة المعينة .

وقد وافق القانون مذهب الطرفين . فلم يجز لأحد الوصيين انفراده بالتصرف حتى لا يفضى إنفراد كل منهم إلى اختلاف تصرفاتهم وتعارضها . وجعل الأصل فى حال التعدد هو اشتراكهم فى التصرف ، كما استثنى القانون من هذا الأصل حالتين أجاز فيهما لأحد الوصيين أن ينفرد بالتصرف وهما :

١ — حالة ما إذا عينت المحكمة اختصاصاً لكل من الأوصياء المتعددين كما لو كانت المحكمة عهدت إلى أحدهم القيام بشئون متجر أو مصنع للقاصر وإلى آخر بشئون الأراضى الزراعية للقاصر وإلى ثالث بشئون المبانى والدور مثلا .

٢ — حالة الإجراءات الضرورية والعاجلة التى تتمحض لمصلحة القاصر ومنفعته كالطعن فى الأحكام قبل انقضاء المواعيد القانونية للطعن فيها، وكاتخاذ الإجراءات العاجلة لصيانة حق القاصر.

فقد نصت المادة ٣٠ على أنه (يجوز عند الضرورة [١] تعيين أكثر من وصى واحد ، وفى هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الانفراد. إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصا لكل منهم فى قرار تعيينه أو فى قرار لاحق ، ومع ذلك فلكل واحد من الأوصياء إتخاذ الإجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمحضة لنفع القاصر » .

ولاية الجد ومدى ما يملكه من تصرفات :

لايختلف أئمة الحنفية فى أن ولاية الجد متأخرة رتبة عن ولاية وصى الأب فى المال . أما فى النفس فالولاية للجد بعد الأب مباشرة . فاذا وجد الجد الصحيح ووصى الأب كانت الولاية على المال لوصى الأب وكانت الولاية على النفس للجد . فان لم يكن وصاية من الأب قبل موته ، كانت الولاية للجد فى المال والنفس .

---

١ — وجاء فى المذكرة التفسيرية فيما يتعلق بهذه المادة « وبديهى أن المحكمة هى المرجع الاخير فى تقدير هذه الضرورة فى ضوء ظروف الصغير ، وظروف من يرشح للوصاية وتنوع المصالح التى يراد حمايتها فمن الاوصياء من يكون أهلا للقيام على شئون الزراعة ، ومنهم من لا يحسن إلا القيام على شئون استغلال صناعى أو تجارى ، ومن المصالح ما قد يتطلب تعدد القائمين عليه رغم تجانس خبرتهم ، وتقارب مؤهلاتهم رغبة فى توفير ضمانات الشورى »

والخلاف فى كون ولاية الجد فى قوة ولاية الأب فيملك من التصرفات ما يملكه الأب . أو هي فى قوة ولاية وصى الأب فيملك الجد ما يملك الوصى من التصرفات .

فذهب محمد من الحنفية إلى أن ولاية الجد فى قوة ولاية الأب لأن ولاية الجد أصيلة ليست مستمدة من أحد . فهى طبيعية ثابتة من الشارع أثبتها له بسبب قرابة الأبوة فإنه يعتبر أبا ، ويقوم مقام الأب عند عدم وجوده فيكون له ما للأب من التصرفات ، ولأن الجد أشفق الناس بأولاد ابنه ، وأكثرهم رعاية لمصالحهم واهتماماً بأمورهم بعد أبيهم ، وإذا كان هذا شأن الجد مع أحفاده تكون ولايته فى المال مثل ولاية الأب فى القوة والشمول فيملك ما يملكه الأب من التصرفات .

وإنما قدم وصى الأب على الجد فى ثبوت ولاية المال لمراعاة إحترام رأى الأب ولتحقيق رغبته وتنفيذ إرادته لا لكون ولاية وصى الأب أقوى من ولاية الجد ، ولا لكونه أشد شفقة ورعاية لمصلحة الصغير ومن فى حكمه .

أما أبو حنيفة وأبو يوسف فيذهبان إلى أن ولاية الجد فى قوة ولاية وصى الأب ، فيملك ما يملكه وصى الأب من التصرفات التى أسلفنا بيانها ، لأن وصي الأب مقدم على الجد فى الولاية على المال بالإتفاق ، فلو كانت ولاية الجد فى القوة مثل ولاية الأب لوجب تقديم الجد على وصى الأب فى الولاية على المال . وهذا غير حاصل .

هذا ويختلف الجد فى ولايته عن وصي الأب فى ولايته . فى أن الجد ليس له أن يتصرف ببيع أعيان تركة الميت ابنه (الأب للصغير) لإيفاء ما عليها من ديون مات الأب وهي عليه . أو لتنفيذ ما يوجد فيها من وصايا .

فى حين أن وصى الأب يملك ذلك . وقد عللوا ذلك بأن الجد ولايته على المال ثابتة له ابتداء بحق القرابة وهي الأبوة لا بطريق الخلافة عن الأب بايصائه اليه والجد لايملك بيع شيء من مال ابنه (الأب) عقاراً أو منقولا فى حياته لايفاء ما عليه من ديون أو حقوق . فلا يملك ذلك بعد وفاته . أما وصى الأب فهو خليفة عن الاب فى الولاية بسبب إيصاء الأب اليه ، فيملك بمقتضى هذه الخلافة ما يملكه الأب فيقوم مقامه فى أداء ما عليه (الأب) من حقوق فى تركته بعد وفاته — وفى حال ولاية الجد فإن على الدائن أو الموصى له بشيء من التركة أن يرفع الأمر إلى القضاء لإيفاء ما على التركة من دين أو لتنفيذ ما فيها من وصيه ، وليس لها الحق فى مطالبة الجد ببيع شيء من التركة لأداء ما عليها من الديون ، أو لتنفيذ ما فيها من الوصايا فاذا لم يكن أداء الدين أو تنفيذ الوصية محتاجا إلى بيع شيء فان الجد يملك الأداء والتنفيذ .

أما القانون . فقد سوى بين الجد والأب فى تصرفات الولاية فى الاعمال النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية . وجعل لكل منها أن يقبل الهبة والوصية إلا إذا كانت محملة بالتزامات معينة فيتوقف قبولها على إذن المحكمة .

وأيضاً سوى بينهما فى الأعمال الضارة ضرراً محضاً فمنعها من التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبأذن المحكمة . وصحح من كل منها الأعمال الدائرة بين النفع والضرر على حسب القيود الواردة فى القانون.

لكنه فرق بينهما فيما يتعلق بالتصرفات فجعل للأب بمقتضى المادة ١٤ التعاقد مع نفسه باسم القاصر من غير حاجة إلى إذن المحكمة سواء كان لحساب نفسه أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون علي غير ذلك . أما الجد فإنه لايجوز له أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر إلا إذا أذنت له المحكمة أيا كان العقد ، وإذا أذنت المحكمة بإبرام العقد عينت وصياً خاصاً يتولى إبرام

العقد مع الجد . فقد نصت المادة ١٥ على « إنه لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها.

وصى الجد وحكم تصرفاته:

يثبت لوصى الجد من التصرفات ما ثبت لوصى الأب . ويحظر عليه ما منع منه وصى الأب — وقد عرفنا أن القانون لم يجعل للجد حق الوصاية على أولاد ابنه بل جعل ذلك مقصوراً على الأب .

ولاية القاضى ووصيه :

تثبت للقاضى الولاية إذا مات الأب أو الجد ولم يوص واحد منهما عند الحنفية ، وهذه الولاية تثبت لكونه له ولاية عامة على المسلمين ، فله أن يتصرف بنفسه فى أموال القاصر بما فيه المصلحة ، وقد جرى العمل على أن القاضى لا يقوم بنفسه بادارة أموال الصغار ومن فى حكمهم وبالنظر فى شئونهم بل يعين وصيا من قبله ، إذ أن ذلك هو المستطاع له ، ويسمى هذا الموصى وصى القاضى ، أو الوصى المعين ، لأن القاضى الذى عينه وأقامه وصيا .

وإذا تم تعيينه صار هو الذى يقوم بمستلزمات الوصاية ، وليس للقاضى سوى الإشراف العام ، وفى جمهورية مصر العربية تقوم المحاكم الحسبية مقام القاضى ؛ وليس من وظيفة هذه المحاكم إدارة أموال القصر بنفسها بل وظيفتها قاصرة على تعيين أوصياء للقصر ، إذ تثبيت الأوصياء المختارين ، ومراقبة تصرفات الأوصياء سواء كانوا مختارين أو معينين .

ويملك شرعا الوصى المعين من قبل القاضى ـ المحكمة الحسبية ـ التصرفات التى يملكها الوصى المختار ولكن تختلف ولاية الوصى المعين عن ولاية الوصى المختار من الأب أو الجد فى الأمور الآتية :

١ — أن الوصي المختـار لا يقبل التخصيص ببعض التصـرفات كما إذا جعل وصيا في تأجير الأملاك أو تحصيل الديون ، أو في إيفاء ما على التركه من ديون . أو في تنفيذ ما فيها من وصـــايا . وذلك عند أبي حنيفة . فاذا خصص كان لغواً ولا يتقيد بنوع التصرف الذي خصصـه به . بل يملك كل أنواع التصرفات المالية الجائزة للوصي العام شرعا ، لأن بالوصاية اليه تثبت له ولاية مالية والولاية لا تتجزا .

اما الوصي المعين فانه يقبل التخصيص عند أبي حنيفـة وقال ابو يوسف الوصي المعين مثل الوصي المختار يتقيـد كل منهما عنـده بنوع التصرف الذي خصصه به الموصي ، ولا يملك غيره من التصرفات. لأن الوصايه وإن كانت ولاية إلا ان هذه الولاية مستفادة من الموصي بتفويضـــه وإذنه في تصرف خاص، فتكون هذه الولايةالثابتة للوصي بطريق الوصاية اليه من الموصي او من القاضي على حسب مافوضه اليه وإذنه فيه .

وايضا فان الموصي إذا خصص وصيـة بنوع من التصرفات كان ذلك دليلا على انه لايثق برأيه ولا يرضى لعمله فيما عـــداه من التصرفات ، إذ الشخص يحسن تصرفا من التصرفات ولا يحسن غيره ، ويتقن عملامن الاعمال ولا يتقن غـيره . فجعله وصيا عامـاً مع تخصيص الموصي وصيـة بنوع من التصرفات إلغاء لمعنى التخصيص . وفيه مخالفة لغرضه — ومع قوة دليل أبي يوسف في هذه المسألة لكن الفتوى على رأى أبي حنيفة وعلى هذا فلاخلاف في أن القاضي إذا خصص الوصي المعين يتخصص، ولا يملك غير ماخصص به من التصرفات . لأن ولايته مستمدة من القاضي ،وولاية القاضي تتخصص فكذاك الولاية المستفادة من ولايته . ولأن وصي القاضي بمنزلة الوكيل، ومن المقرر أن الوكيل يتخصص بنوع التصرف الذي وكل فيه ، ولايكون وكيلا عن الموكل فيما عداه .

٢ — إن الوصى المختار له أن يبيع ماله هو ومال من لا تقبل شهادته لهم لمن يكون مشمولا بوصايته ، وله أن يشترى منه لنفسه ، أو لمن لا تقبل شهادته له ، بشرط أن تتحقق المنفعة الظاهرة فى البيع أو الشراء .

أما الوصى المعين فليس له ذلك لأنه نائب القاضى ، والقاضي لا يملك البيع والشراء ، المذكورين اتقاء للشبهة، ودفعاً للتهمة ، وإبتعادعن مواضع الريبة ، وحفظا لما للقضاء من منزلة ومكانة . ولأن ما يصدر من القاضى بمقتضى وظيفته يعتبر حكما ، ولا يصح للقاضى أن يحكم لنفسه ، ولا لمن لا تقبل شهادته لهم . فمن يستمد الولاية منه يكون مثله فى هذا الحكم .

٣ — للوصى المختار أن يوصي إلى غيره من بعده ويكون من أوصى اليه وصيا فى تركه الوصى المختار وتركة الموصي له . وهذا إذا كان الوصى المختار فى إيصائه إلى غيره قد قال له جعلتك وصيا من بعدى ، أو جعلتك وصيا فى التركتين . أما إذا قال : جعلتك وصياً فى تركتى . فظاهر الرواية عن أبى حنيفة أنه يكون وصيا فى التركتين ، لأن تركة موصيه تركته بصفته وصيا عليها : وأظهر الروايتين عن الصاحبين أنه يكون وصيا فى تركته هو ولا يكون وصيا فى تركة موصيه ، وإذا قال له جعلتك وصيا فى تركة موصى. كان كما قال ولا يكون وصيا فى تركته هو [1] .

ولا يملك الوصى المعين أن يوصى إلى غيره من بعده فى التركة التى هو وصى فيها ، إلا إذا جعل له هذا الحق فى قرار تعيينه من قبل القاضى (المحكمة المختصة) .

---

١ - ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٩٩

انتهاء الوصاية والولاية :

من المعلوم أن الولاية من أسبابها الصغر . فتبقى للولى ما بقى الصغير . فإذا زال السبب انتهت الوصاية والولاية . فاذا بلغ القاصر عاقلا رشيداً بحيث يؤتمن عليه فى إدارة أمواله والتصرف فيها . ولم يحدد جمهور الفقهاء للرشد المالى سناً معينة يحكم بزوال الولاية أو الوصاية عن القاصر متى بلغها بل هو موكول إلى ظهوره بالفعل . وذلك عن طريق الاختبار والتجربة . فإن دلت التجربة على تحقق الرشد حكم برشده وسلمت إليه أمواله ، وإلا بقيت الولاية أو الوصاية عليه وبقيت أمواله تحت يد وليه كما كانت قبل البلوغ مهما طال الزمن. وهذا على خلاف ما جرى عليه قانون الولاية على المال كما سيأتى .

كما تنتهى الولاية والوصاية بموت المشمول بالولاية أو الوصاية لأنها تصير غير ذات موضوع . وكذا بموت الولى أو الوصى . أو زوال أهلية أحدهما أو بسلب ولايته . أو اعفائه منها أو عزل الوصى .

وقد حدد القانون فى مادته الثامنة عشرة . السن التى تنتهى الولاية ببلوغه القاصر وأنها إحدى وعشرين سنة (أى شمسية التى عدد أيامها ٣٦٥) ميلادية؛ ما لم يحكم قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه : ونص المادة « الولاية تنتهى ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية » :

فمن بلغ هذه السن رشيداً زالت عنه هذه الولاية قانونا . وجاء فى المذكرة الإيضاحية ما يلى :

« طبيعى أن الولاية تنقضى كذلك بموت الولى وبزوال أهليته ، كما أنها تنتهى بموت الصغير قبل بلوغه ، ولم ير محل للنص هذه الأحكام لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة » :

فإذا أنس الولى فى الصغير عارضا من العوارض التى تحول دون كمال الأهلية عند بلوغ السن المقررة فى القانون ، ومتى استوثقت المحكمة من قيام العوارض أو شاطرت الولى رأيه فى عدم إيناس الرشد فقضت باستمرار الولاية قبل بلوغ الصغير الحادية والعشرين . وفى هذه الحالة تظل الولاية قائمة إلى أن يزول سبب إستمرارها بقرار من القضاء . وإذا لم يصدر حكم باستمرار الولاية إلى ما بعد بلوغ الحادية والعشرين إنتهت الولاية ، ولم يعد هناك سبيل لرعاية من بلغ هذه السن إذا قام سبب من أسباب الحد من الأهلية إلا الالتجاء إلى إجراءات الحجر .

وفى المادة ٤٧ نص على إنتهاء الوصاية بأحد الأمور الآتية :

١ — بلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة إلا إذا تقرر إستمرار الوصاية عليه .

٢ — عودة الولايه للولى ، وذلك فى حالة ما إذا كان تعيين الوصي بسبب وقف ولاية الوصى الشرعى .

٣ — عزل الوصى من الوصاية ، أو قبول إستقالته منها .

٤ — فقد أهليته أو ثبوت غيبته أو موته أو موت القاصر .

ويلاحظ أن فقد الأهلية لا يستتبع إنتهاء الوصاية إلا إذا صدر قرار بذلك من المحكمة إلا إذا كان فقد الأهلية بسبب العته أو الجنون فإنه تسرى أحكام القانون المدنى ، وللمحكمة إذا ما توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزل الوصى أو فى قيام عارض من العوارض التى تزيل أهليته أن تأمر بوقفه إلى أن يتم الفصل فى أمر عزله أو إنهاء وصايته .

وأوجبت المادة (٥٠) على الوصى إذا إنتهت وصايته أيا كانت سبب إنتهائها

أن يسلم خلال الثلاثين يوما التالية لانتهائها جميع أموال القاصر التي في عهدته، ويكون التسليم بمحضر خاص، وعلى الوصى الذى إنتهت وصايته أن يودع قلم الكتاب صورة من الحساب ومحضر تسليم أموال القاصر .

وفى حالة وفاة الوصى ، أو الحجر عليه ، أو ثبوت غيبته ينتقل بنص المادة (٥١) الإلتزام بتسليم أموال القاصر وتقديم الحساب عن الوصاية إلى ورثة الوصى ، أو من ينوب عنه حسب الأحوال .

المشرف على الوصى :

هو الشخص الذى يعين لمراقبة أعمال الوصى وتصرفاته المتعلقة بالوصاية . سواء كان وصيا مختاراً أو معينا . بدون أن يشترك معه فى تلك الأعمال والتصرفات ، وذلك إذا إحتاج الأمر إلى الإشراف لضمان قيام الوصى بمهمته وعمله كاملا . وليس لهذا المشرف من أثر فى حق الوصاية غير أنه لا يجوز للوصى أن يتصرف إلا بعلمه .

وقد أجاز القانون تعيين مشرف مع الوصى المختار والمعين، وكذلك مع القيم والوكيل عن الغائب (مادة ٨٠) وأوجب القانون على كل من الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب إجابة المشرف إلى كل ما يطلبه من إيضاح عن إدارة الأموال. وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال جاء ذلك فى المادة (٨١) .

كما قرر القانون أن المشرف يسري عليه فيما يتعلق بتعيينه وعزله وقبول إستقالته وأجره على عمله ومسئوليته عن تقصيره ما يسرى من أحكام الأوصياء والقامة والوكلاء عن الغائبين (مادة ٨٢) كما بين القانون مهمة المشرف وأنها مراقبة الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب فى إدارة الأعمال . وطلب منه

أن يبلغ من المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضي المصلحة رفعه إليها، وأن يطلب إلى المحكمة إقامة وصي جديد ، أو قيم أو وكيل عن الغائب إذا خلا مكان أي واحد منهم . وإلى أن يباشر هذا عمله يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالأعمال العاجلة التي يكون في تأجيلها ضرر ، كبيع المحصول الذي يتبادر إليه التلف والفساد ، وكالطعن في الأحكام قبل إنقضاء المواعيد القانونية للطعن فيها ، وكاتخاذ الإجراءات العاجلة الضرورية لصيانة حق القاصر أو المحجور عليه أو الغائب .

فمهمة المشرف تنحصر في الرقابة والتوجيه . وليس له حق الإشتراك في الإدارة ولا الإنفراد بالتصرف ، وقد خول القانون للمشرف بطريق الاستثناء أن يقوم بالأعمال العاجلة التي يكون في تأجيلها ضرر ، إذا خلا مكان النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب وذلك إلى حين أن يتسلم من حل محله في عمله .

كما تقرر المحكمة إنتهاء الإشراف إذا رأت زوال السبب الذى دعا إلى تعيين مشرف مع الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب .

الوصى الخاص والوصى المؤقت :

الوصى الخاص هو الذى يتخصص بعمل معين أو يوكل إليه القيام بشأن معين من شئون القاصر والوصى المؤقت هـو الذى تتوقف مهمته فى أغلب الأحيان . وقد نص القانون فى مادته (٣١) على أنه المحكمة تقيم وصيا خاصا تحدد مهمته فى الحالات الآتية :

١ — إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصى أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته وكذا إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة زوجة

الولى أو مع مصلحة أحد أصوله أو أحد فروعه أو مع من يمثـــله الوصى .
(المراد بالتعارض الذى لا يبلغ حداً يخشى معه على مصالح القاصر) .

٢ — إبرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخة أو إبطـاله أو الغاؤه بين القاصر وبين الوصى ، أو أحد المذكورين فى البند السابق .

٣ — إذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع ، وإشترط المتبرع ألا يتولى الولى إدارة هذا المال المبرع به .

٤ — إذا إستلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال المؤقتة كما هو الشأن فى تصفية بعض الأوراق المالية، أو فى تدارك الاضطراب فى الأمور المالية لمحل من المحلات التجارية فى فترة من فترات الأزمات .

٥ — إذا كان الولى غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية .

ونصت المادة (٣٢) على أن المحكمة تقيم وصيا مؤقتا إذا وقف الولى عن الولاية ولم يكن للقــاصر ولى آخر ، وكذا إذا وقف الوصى عن الوصاية ، أو حالت ظروف مؤقتة دون أداء واجبــاته . كما لو أصيب الوصى بمرض شديد ورأت المحكمة أن المصلحة تقتضى بقاءه إلى أن يزول المانع .

وتسرى أحكام الوصاية على الوصى الخــاص والوصى المؤقت مع مراعاة ما تقتضيه طبيعة عمل كل منها لإتحاد طبيعة مهمة الوصى، وإن تنوعت أوضاع الأوصياء .

مسئولية الوصى ومعاقبته قانونا :

وفقا لاحكام القانون المدنى وبناء على المادة (٧٦) من قانون الولاية . أن يكون الوصى مسئولا عـندما يخل بواجب من الواجبات المفروضة عليه وتكون مسئوليته كمسئولية الوكيل المأجور ولو لم يكن الوصى يتقاضى أجراً

على الوصاية . لأن عليه سواء كان مأجوراً أو غير مأجور أن يبذل من العناية والرعاية لأموال القاصر والقيام بمصالحه ما يطلب من الوكيل الأجير وفقا لأحكام القانون المدنى (٣٦) .

ويجوز للمحكمة أن تحكم على الوصى بغرامة لا تزيد على مائة جنيه ، وبحرمانه من أجره كله أو بعضه وبعزله أو أحد هذه الجزاءات إذا قصر فى الواجبات المفروضة عليه بمقتضى القانون الخاص بأحكام الولاية على المال أو أوقف القرارات التى تصدرها المحكمة — ويجوز للمحكمة أن تمنح القاصر هذه الغرامة أو جزء منها كما يجوز لها أن تقرر إعفاء الوصى من الجزاء المالى كله أو بعضه . وذلك إذا قام الوصى بتنفيذ الأمر الذى ترتب على عدم تنفيذه الحكم بالغرامة ، أو قدم اعذاراً تقبلها المحكمة مادة (٨٤) .

وتنص المادة (٨٨) على أنه يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة، وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين كل وصى أو قيم أو وكيل عن الغائب إنتهت مدة نيابته إذا أقتنع بقصد الإساءة عن تسليم أموال القاصر أو المحجور عليه أو الغائب أو عن تسليم أوراقه لمن حل محله فى الوصاية أو القوامة أو الوكالة وذلك ما لم ينص القانون بعقوبة أشد — وواضح أن العقوبة لا توقع إلا إذا كان الإقتناع بقصد الإساءة ، كقصده تعويق عمل من يخلفه فى الوصاية . وعدم تمكينه من أداء مهمته . أو قصد الإضرار بمصالح القاصر . فإن لم يكن ثم قصد إساءة فلا عقوبة .

قرار رئيس جمهورية مصر العربية
بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩
بتعديل بعض احكام قوانين الاحوال الشخصية

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

بعد الاطلاع على الدستور ،

وعلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بأحكام الفقه وبعض مسائل الأحوال الشخصية .

وعلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض الأحوال الشخصية .

وعلى المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

وعلى القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ باصدار القانون المدنى .

وعلى القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ باصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية .

وعلى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ،

وعلى موافقة مجلس الوزراء .

وبناء على ما ارتآه مجلس الدولة .

قرر القانون الآتى :

(المادة الأولى) : تضاف إلى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مواد جديدة بأرقام (٥ مكرراً) ، (٦ مكرراً) ، (٦ مكرراً ثانياً) ، (١٨ مكرراً) ، (١٨ مكرراً ثانياً) ، (٢٣ مكرراً) تكون نصوصها كالآتى :

(مادة ٥ مكرراً) : يجب على المطلق أن يبادر إلى توثيق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص .

وتترتب آثار الطلاق بالنسبة للزوجة من تاريخ علمها به .

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه ، فاذا لم تحضره كان على المطلق إعلانها بوقوع الطلاق على يد محضر مع شخصها أو فى محل إقامتها الذى يرشد عنه المطلق وعلى الموثق تسليم نسخة من شهادة الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وذلك كله وفق الأوضاع والاجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل .

مادة (٦ مكرراً) : على الزوج أن يقدم للموثق إقراراً كتابياً يتضمن حالته الاجتماعية فاذا كان متزوجا فعليه أن يبين فى الاقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته وقت العقد الجديد ومحال إقامتهن وعلى الموثق اخطارهن بالزواج الجديد بكتاب موصى عليه .

ويعتبر إضراراً بالزوجة إقتران زوجها بأخرى بغير رضاها ولو لم تكن اشترطت عليه فى عقد زواجها عدم الزواج عليها وكذلك إخفاء الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج سواها .

ويسقط حق الزوجة فى طلب التفريق بمضى سنة من تاريخ علمها بقيام السبب الموجب للضرر ، ما لم تكن قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً .

مادة (٦ مكرراً ثانياً) : إذا امتنعت الزوجـة عن طـاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجية من تاريخ الامتناع .

وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعـد دعـوة الزوج إياها للعودة على يد محضر وعليه أن يبين في هذا الاعلان المسكن .

وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية في خـلال عشرة أيام من تاريخ هذا الاعلان وعليهـا أن تبين في صحيفـة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها في امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبـــول اعتراضها .

ويحكم بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعـاد الاعتراض إذا لم تتقدم في الميعاد .

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة ، فاذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجه التطليق اتخذت المحكمة اجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من ٧ الى ١١ من هذا القانون .

مادة (١٨ مكررا) : الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقهـا زوجها بدون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية ، ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط .

مادة (١٨ مكررا ثانيا) : إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه .

وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفى

نفقتها وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادرا على الكسب المناسب، فان أتمها عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه.

ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم .

مادة (٢٣ مكرراً) : يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة شهور وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها فى المادة الخامسة مكررا من هذا القانون أو أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقته .

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيها اذا أخل بأي من الالتزامات التى فرضها عليه القانون . ويجوز أيضاً الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة .

(المادة الثانية) : يستبدل بنص المادة (١) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية النص الآتى :

« تجب النفقة للزوجة على زوجها من حين العقد الصحيح اذا سلمت نفسها اليه ولو حكما ، موسرة كانت أو مختلفة معه فى الدين » .

ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة .

وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به العرف.

ولا تجب النفقة للزوجة اذا ارتدت أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها بدون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج .

ولا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجية خروجها من مسكن الزوجية — بدون اذن زوجها — فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع أو يجرى بها العرف أو عند الضرورة ، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب باساءة الحق أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه .

وتعتبر نفقة الزوجة دينا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الانفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو الابراء .

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين عليها إلا فيما يزيد على ما يفى حاجتها الضرورية .

ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ويتقدم فى مرتبته على ديون النفقة الأخرى .

(المادة الثالثة) : يستبدل بنصوص المواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ ، ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية النصوص الآتية :

مادة (٧) : يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين أن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدره على الاصلاح بينهم .

مادة (٨) : (أ) يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء

مأموريتها على أن لا تجاوز مدة ستة شهور وتخطر المحكمة الحكمين والخصوم بذلك . وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وبأمانة .

(ب) يجوز للمحكمه أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة شهور فان لم يقدما تقريرها اعتبرتها غير متفقين :

مادة (٩) : لا يؤثر فى سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم اخطاره .

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الاصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة .

مادة (١٠) : إذا عجز الحكمان عن الاصلاح :

١ — فان كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون مساس بشىء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.

٢ — واذا كانت الاساءة كلها من جانب الزوجه اقترحا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة .

٣ — واذا كانت الاساءة مشتركة اقترحا التفريق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الاساءة .

٤ — وان جهل الحال فلم يعرف المسىء منهما اقترح الحكمان تفريقا دون بدل .

مادة (١١) : على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التى بنى عليها . فان لم يتفقا بعثها مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الاصلاح وحلفته اليمين المبينة فى المادة (٨) .

واذا اختلفوا أو لم يقدموا التقرير في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الإثبات وان عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطـــلاق قضت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامهـا التعويض المناسب أن كان لذلك كله مقتض .

مادة (١٦) : تقدر نفقــة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقـاقها يسراً أو عسراً على ألا تقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتهـا الضرورية .

وعلى القاضى فى حالة قيام سبب استحقـــاق النفقة وتوافر شروطه أن يفرض للزوجة فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقـة مؤقتة (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فـوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ .

وللزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائياً بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة عن القـدر الذى يفى بحاجتهـا الضرورية .

مادة (٢٠) : ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة ويجوز للقاضى بعد هذه السن ابقـاء الصغير حتى سن الخـامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة بدون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك .

ولكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين .

وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً، نظمها القاضى على أن تتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً .

ولا ينفذ حكم الرؤية قهراً ، ولكن إذا امتنع من بيده الصغيرة عن تنفيذ الحكم بغير عذر أنذره القاضى فان تكرر منه ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها .

ويثبت الحق فى الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء ، مقدماً فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالى :

الأم ، فأم الأم وان علت ، فأم الأب وان علت فالأخوات الشقيقات فالأخوات لأم ، فالأخوات لأب ، فبنت الأخت الشقيقة ، فبنت الأخت لأم ، فالخالات بالترتيب المتقدم فى الأخوات ، فبنت الأخت لأب ، فبنات الأخ بالترتيب المذكور فالعمات بالترتيب المذكور فخالات الأم بالترتيب المذكور ، فخالات الأب بالترتيب المذكور فعمات الأم بالترتيب المذكور ، فعمات الأب بالترتيب المذكور .

فاذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء ، أو لم يكن منهن أهل للحضانة أو انقضت مدة حضانة النساء ، انتقل الحق فى الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق فى الارث ، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخ .

فان لم يوجد أحد من هؤلاء ، انتقل الحق فى الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتى :

الجد لأم ، ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخ لأم ، ثم العم لأم ثم الخال الشقيق ، فالخال لأب ، فالخال لأم .

(المادة الرابعة) : للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر ، ما لم يهيء المطلق مسكناً آخر مناسباً ، فاذا انتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة فللمطلق أن يستقل دون مطلقته بذات المسكن إذا كان من حقه إبتداء الاحتفاظ به قانوناً .

وتختص المحكمة الابتدائية بالفصل في الطلبين المشار اليها في الفقرة السابقة .

ويجوز للنائب العام أو المحامي العام إصدار قرار مؤقت فيما يثور من منازعات بشأن حيازة المسكن المشار اليه حتى تفصل المحكمة نهائياً في النزاع .

(المادة الخامسة) : على المحاكم الجزئية أن تحيل بدون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص المحاكم الابتدائية بمقتضى أحكام هذا القانون وذلك بالحالة التي تكون عليها ، وفي حالة غياب أحد الخصوم يعلن قلم الكتاب أمر الاحالة اليه مع تكليفه بالحضور في المواعيد أمام المحكمة التي أحيلت اليها الدعوى .

ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الدعاوى المحكوم فيها وتبقى خاضعة لأحكام النصوص السارية قبل العمل بهذا القانون .

(المادة السادسة) : يلغى كل ما يخالف أحكام هذا القرار .

(المادة السابعة) : ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية ويكون له قوة القانون ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره .

المذكرة الإيضاحية

للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩

بتعديل بعض احكام قوانين الاحوال الشخصية

الأسرة أساس المجتمع لأنه يتكون من مجموعة من الأسر يرتبط بعضها ببعض ويقوي المجتمع ويضعف بقدر تماسك الأسر التي يتكون منها أو انفصامها وكلما قويت الأسرة إشتد ساعد المجتمع وإذا تمزقت وانحلت روابطها تدهورت الأمة . ولقد ارشد القرآن الكريم إلى الناس جميعا أصلهم واحد خلقهم الله من ذكر وأنثى . ووجه إلى أهمية رباط الأسرة في قوله تعالى : (يا أيها الناس أنا خلقناكم من ذكر وأنثى. وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ان أكرمكم عند الله أتقاكم) من الآية رقم ١٣ من سورة الحجرات وهذه الآية الكريمة ترشدنا إلى أن الزواج هو أصل الأسرة به تتكون وفي ظله تنمو .

ومن هنا أخذت العلاقة الزوجية حظا وافرا في الشريعة الاسلامية فقد عنى بها القرآن الكريم والسيرة النبوية الشريفة فجاءت آيات القرآن مبينة أحكامها داعية للحفاظ عليها (والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات ...) من الآية ٧٢ من سورة النحل ، (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة) الآية ٢١ من سورة الروم

والزواج عهد وميثاق ميزه الاسلام عن سائر العقود فلا يجرى على نفسها ولا يقاس عليها فقد جعله القرآن ميثاقا غليظا : (وإن أردتم استبدال زوج

مكان زوج وأتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا) من الآية ٢٠ من سورة النساء .

وبهذا الميثاق الحق الله عقد الزواج بالعبادات فان المتتبع لكلمة (ميثاق) ومواضعها فى القرآن الكريم لا يكاد يجدها إلا حيث يأمر الله بعبادته وتوحيده والأخذ بشرائعه وأحكامه وبعد أن وصف الله الزواج بأنه ميثاق غليظ بين الزوجين ، صور الخلطة بين طرفيه فقال : (هن لباس لكم وأنتم لباس لهن) من الآية رقم ١٧ من سورة البقرة وكانت أهم عناصر الامتزاج بينهما السكن والمودة والرحمة . ثم امتن الله على الناس بأن ثمرة هـذا الرباط المحاط بكل هذه المواثيق البنين والأحفاد ليعمروا الأرض — وليعبدوا الله .

وإذا كانت شريعة الإسلام تعلو كل الشرائع لأنهـا من الله وإذا كانت قواعدها وأصولها قد قطعت من أمور رأت أنها ثابتة لا تتغير فانها فى أمور أخرى وضعت ضوابط عامة تدور فى نطاقها الأحكام وفقـا لتطور الأزمات وتغاير الأحداث وأناطت بولى أمر المسلمين أن يشرع لهم — فى نطـاق أصول الشريعة — ما يصلح به حالهم وتستقيم معه قناتهم .

وإذا كانت مذاهب فقـه الشريعة الاسلاميـة قد أثرت الفقه التشريعى استنباطا من القرآن الكريم والسنة الشريفه فان اختلاف الفقهـاء لم يكن على حكم قطعى وإنما كان مرده إلى أصول الاستنباط وقواعده وفى المسائل التى للاجتهاد فيها النصيب الأوفى .

ولما كانت مسائل الأسرة محكومة منـذ تنظيم المحـاكم الشرعية فى مصر

بالقواعد التى بينتها المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب هذه المحاكم والتى جرى نصها بأن :

تصدر الأحكام طبقاً المدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفه ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد .

وأخذا بسنة التطور التشريعى سبق أن صدر القانونان رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض الأحكام الخاصة بالنفقة والعدة والطلاق والمفقود أخذا من مذاهب أخرى غير المذهب الحنفى .

ولقد مضى على صدور هذين القانونين قرابة الخمسين عاما طرأ فيها على المجتمع كثير من التغيير المادى والأدبى التى انعكست آثارها على العلاقات الاجتماعية الأمر الذى يحمل القضاء عبئا كبيرا فى تخريج أحكام للحوادث التى تعرض عليهم وقد كشف ذلك عن قصور فى بعض أحكام القوانين القائمة مما دعا الى البحث عن أحكام الأحوال التى استجدت فى حياة المجتمع المصرى وذلك فى نطاق نصوص الشريعة دون مصادرة أى حق مقرر بدليل قطعى لأى فرد من أفراد الأسرة بل الهدف من المشروع هو تنظيم استعمال بعض هذه الحقوق على ما بين فيما بعد .

الطلاق

أن القرآن الكريم قد اختص للزوج بالطلاق وحل عقد الزواج فقد أسندت الآيات العديدة للطلاق إلى الرجال ووجهت الخطاب اليهم ومنها الآيات أرقام ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٣٢ ، ٢٣٦ ، ٢٣٧ من سورة البقرة ، ٤٩ من سورة

الاحزاب والآية الأولى من سورة الطلاق والخامسة من سورة التحريم ومع هذا الاختصاص قال الرسول صلى الله عليه وسلم فى شأنه(أن أبغض الحلال الى الله الطلاق) مرشدا بهذا إلى أن على الزوج ألا يلجأ إلى حـــل الوثاق بالطلاق إلا عند استحكام الشقاق فهو إلى باب الكراهة أقرب .

ولما كان قد ظهر من استقصاء حالات الطلاق أن بعض الأزواج قد لجأوا إلى إيقاع الطلاق فى غيبة زوجاتهم واخفوا عنهن خبره وفى هـــذا اضرار بالمطلقات وتعليق لهن بدون ميل ، بل أن بعض الأزواج كان يوثق الطلاق رسميا لدى الموثق ثم يحتفظ بورقتى الطلاق لديه متظاهراً للزوجة باستدامتها حتى إذا ما وقع خلاف بينهما أبرز سند الطلاق شاهرا إياه فى وجهها حاولا به اسقاط حقوقها ، وليس هـذا بدعا جديدا فقـد سبق لفقهاء المذهب الحنفى أن واجهوا حال اخفاء الطلاق بتأخير بدء العدة الى وقت الإقرار من الزوج بحدوث الطلاق فقالوا ، لو كتم طلاقهـا لم تنقض العـدة زجرا له بمعنى أن الزوج إذا طلق زوجته وأخفى عنها الطلاق ثم أقر بعـد ذلك به لم تبدأ العدة إلا من وقت هذا الاقرار ولا يعتد باسناد الطلاق إلى تاريخ سابق (الدر المختـــار للحصكفى وحاشية رد المحتار لابن عابدين الجزء الثانى من باب العدة) .

وبناء على هذا ولما كانت الدولة قد نظمت أمر توثيق الطلاق فاختصت المأذون بتوثيق شهادات الطلاق بين الأزواج المصـــريين المسلمين ومكتب التوثيـق بالشهر العقـارى بالأزواج إذا اختلفت جنسياتهم أو دياناتهم رأى المشروع أن ينظم طريق عـلم الزوجة بطلاقهـا حتى لا تتابع المشاكل بين الزوجين إذا أخفى الطلاق ، فأوجبت المـادة (٥ مـكررا) على المطلق متى

أوقع الطلاق أو رغب فى إيقاعه أن يبادر إلى توثيقه بإثباته باشهاد لدى المختص ، ورتبت هذه المادة فى فقرتها الثانية آثار الطلاق بالنسبة للزوجه من تاريخ علمها به أخذا مما قرره فقهاء الحنفية فى حالة ما إذا كتم الزوج طلاق الزوجة وأخفاه عنها . ثم فصل نص هذه المادة طرق علم الزوجة بالطلاق وفوض وزير العدل فى وضع الإجراءات المنفذة لما جاء بها من أحكام . هذا وليس فى إيجاب توثيق الطلاق ولا فى تنظيم طريق العلم به أى قيد على حق الطلاق الذي أسنده الله للزوج ، كما لا تشكل تلك الإجراءات أى قيد على جواز اثبات الطلاق قضاء بكافة الطرق غير أن آثارها بالنسبة للزوجة فى حالة إخفائه لا تبدأ إلا من من تاريخ علمها به .

الطلاق للضرر

سبق أن قررت المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مبدأ الطلاق للضرر فقالت .

إذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما .

وهذا الحكم مأخوذ من مذهب الإمام مالك ومثله مالك ومثله فى مذهب الإمام احمد بن حنبل رضى الله عنهما وخالف فى هذا المبدأ الامامان أبو حنيفه وشافعى رضى الله عنهما .

والأصل فى جواز التطليق الضرر قوله تعالى (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما ..) .

من الآية رقم ٣٥ من سورة النساء .

فقد فهم بعض الصحابة أن حق الحكمين مطلق فى الإصلاح أو التفريق وأن على القاضى أن يقضى بما يريانه ومن هؤلاء على ابن أبى طالب وعبدالله بن عباس ولم يعرف لهما مخالف ، وهو يتفق مع المأثور من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم إذ قال (لا ضرر ولا ضرار) كما يتفق كذلك مع وصايا القرآن الكريم فى مثل قوله تعالى (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) من الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة وإذا فات الإمساك بالمعروف تعين للتسريح بالإحسان .

لما كانت مشكلة الجمع بين أكثر من زوجة مشكلة إجتماعية فان المشروع رأى اعتبار الجمع من قبيل إيذاء الزوجة السابقة فأعطاها الحق فى طلب التفريق ما لم ترضى به كما أعطاها هذا الحق إذا أخفى الزوج عنهاوقتالزوج أنه متزوج .

وما اختاره المشروع يمتاز بأنه فى نطاق الشريعة ولا يخرج على أصولها وهو فى الوقت ذاته لا يبقى على مشكلة تعدد الزوجات إلا برضا الزوجات أنفسهن .

ومستند هذا ما أوضحه من القيم تخريجا على قواعد الامام احمد رحمه الله وقواعد فقه أهل المدينة .

وبناء على هذا جاء الحكم المبين فى الفقرة الثانية من المادة (٦ مكررا) مبينا أن من الأضرار التى ترخص للزوجة فى طلب التطليق من زوجهااقترافه بغيرها دون رضاها ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى عقد زواجها . ومن

هذا القبيل إذا أخفى الزوج على الزوجه الجديدة أنه متزوج بغيرها فلانه يكون حقا لها أن تطلب التطليق عليه ، كما أنه إذا تزوج عليها دون رضاها .

ولم يترك هذا النص الأمر مطلقا تستعمله الزوجة المتضررة حسبما تشاء وفي الوقت الذى تريد بل عياه بسنة من تاريخ عملها بقيام السبب الموجب للضرر ما لم تكن قد رضيت بالبقاء على عصمته بعده صراحة أو ضمنا .

وضمانا لعلم الزوجة بقيام هذا السبب أوجب النص فى فقرته الأولى على على الرجل عند عقد زواجه أن يقدم إقرارا كتابيا للموثق يضمنــه حالته الاجتماعية فاذا كان متزوجا فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى على عصمته وقت العقد الجديد ومحـال إقامتهن وأوجب على الموثق إخطار أولئك الزوجات بالزواج الجديد بكتاب موصى عليه .

حق الطـاعة

لما كانت الشريعة الاسلامية قد جعلت حقوق الزوجية وواجباتها متقابلة فحين ألزمت الزوج بالإنفاق على زوجته فى حدود استطاعته أوجبت على الزوجة طاعته وكان مظهر هذه الطاعة لن تستقر الزوجة فى مسكن الزوجية الذى هيأه لها الزوج امتثالا لقول الله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من من وجـدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن . .) من الآية ٦ من سورة الطلاق .

ومن هنا قرر الفقهاء أن الأصل فى الزوجة الطاعة وأنه إذا امتنعت عن طاعة الزوج فانها تكون ناشزا وتسقط نفقتها من تاريخ هذا الإمتناع .

وتنظيما لهذا جاءت المادة (٦ مكررا ثانيا) حيث نصت بأن امتناع

الزوجة عن طاعة الزوج دون حق يترتب عليه وقف نفقتها من تاريخ الإمتناع وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة على يد محضر وعلى الزوج أن يبين فى هذا الاعلان المسكن .

ثم أتاح النص للزوجة الاعتراض وأوجب عليها أن تبين فى صحيفة اعتراضها الأوجه الشرعية التى تستند اليها فى امتناعها عن طاعة زوجها وإذا خلا الاعتراض من هذه الأوجه كان على المحكمة أن تقضى بعدم قبوله .

وقرر النص أن النفقة توقف منذ تاريخ إعلان الزوج الى الزوجة بالعودة إلى المسكن ، إذا لم تعترض فى الميعاد المقرر بذات النص صار وقف النفقة النفقة حتما من تاريخ انتهاء الميعاد .

ثم إذا ما استوفى الاعتراض شكله القانونى وجب على المحكمة عند نظر موضوعه للتدخل لإنهاء النزاع صلحاً بين الطرفين من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحدهما والمقصود بالصلح هو استمرار المعاشرة بالمعروف ومؤدى هذا أن لها ان سحب شرعية المسكن إذا كان اعتراض الزوجة منصبا على انتفاء شرعيته ولها أن تأمر الزوج باعداد المسكن المناسب إذ كان لها أن المسكن الذي حدده الزوج فى الاعلان غير مستوف لما يجب توافره شرعا أو عرفا فاذا اتضح من المرافعة أن الخلاف مستحكم بين الزوجين وطلبت الزوجة الطلاق اتخذت إجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من ٧ — ١١ من هذا القانون .

وقد أبانت هذه المواد الشروط الواجب توافرها فى الحكمين وأن يشمل قرار بعثهما على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على أن لا تجاوز المدة ستة أشهر وعلى المحكمة إخطار الحكمين والخصوم بمنطوق قرارها وتحليف كل

من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة ويجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر .

والأصل فى بعث الحكمين قوله الله سبحانه (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) فان هذه الآية قد رسمت طريق تسوية الشقاق بين الزوجين .

ولا يغيب عن البال أن الأحكام المبينة فى المواد من ٧ — ١١ من هذا المشروع تطبق فى الحالة المبينة فى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وفى المادة السادسة مكررا بهذا المشروع ، ذلك أنه اتضح من تطبيق أحكام القانون القائم فى التحكيم قصورها عن الوفاء بعناصر الفصل فى الأنزعه الخاصة بالطلاق للضرر ، بل أن تلك الأحكام كانت لا تنتهى بالنزاع إلى نتيجة حاسمة وقد تفادى المشروع فى المادتين ٨ ، ٩ كثيرا من مساوىء القانون القائم فنظم عمل الحكمين بما يكفل حسن سير العدالة ويقطع طرائق الإرجاء ويمنع عرقلة عمل الحكمين ثم يبين فى المادة العاشرة ما يتبعه الحكمان عند العجز عن الاصلاح من حيث التفريق والنتائج المالية وتفاديا لإطالة أمد التقاضى عند اختلاف الحكمين اقترح المشروع تعيين حكم ثالث تبعثه المحكمة مع الحكمين وتقضى بما يتفقون عليه أو برأي الأكثرية وعند اختلافهما فى الرأى أو عدم تقديم التقرير فى الميعاد تسير المحكمة فى الاثبات وتقضى وفق التفصيل الموضح في المادة ١١ .

وبعث الحكم الثالث لا يخالف أصلا من أصول الشريعة فان القرآن الكريم لم ينه عنه وقد صار فى هذا الزمان أمراً ضروريا كوسيلة لإظهار الحق ورفع

الضرر على أن الفقهاء من أجاز بعث حكم واحد (تفسير الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٥ ص ١٦٨ وما بعدها) .

وإذا عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما بطلقة بائنة مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها التعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتض .

وهذه الأحكام جميعها مأخوذة من مذهب الإمام مالك إما نصا وإما مخرجة على نصوصه .

المتعة للمطلقة بعد الدخول

لما كان من المستقر عليه شرعا أن الطلاق حق للزوج وكان القانون القائم لا يوجب المتعة المالية للمطلقة بعد الدخول وحسبها أنها استحقت المهر كله بالدخول ولها نفقة العدة أما المتعة فهي مستحبة ولا يقضى بها .

وإذ قد تراخت المروءة في هذا الزمن وانعدمت لاسيما بين الأزواج إذا انقطع حبل المودة بينهما وأصبحت المطلقة في حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق وفي المتعة ما يحقق المعونة ، وفي الوقت نفسه تمنع الكثيرين من التسرع في الطلاق .

ولما كان الأصل في تشريع المتعة هو جبر خاطر المطلقة وكانت مواساتها من المروءة التي تطلبتها الشريعة وكان من أسس تقديرها قول الله تعالى : (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) من الآية ٢٣٦ من سورة البقرة وكان إيجاب المتعة هو مذهب الشافعي الجديد حيث أوجبها للمطلقة بعد الدخول إن لم تكن الفرقة منها أو بسببها وهو قول لأحمد اختاره ابن تيمية كما أن إيجابها مذهب أهل الظاهر وهو قول لمالك أيضا (المهذب للشيرازي

فقه شافعى ج ٢ ص ٦٧ — ٦٨ والمحلى لابن حـــزم ج ١٠ ص ٢٤٥ — ٢٤٩) .

وعلى هذا وضع نص المادة ١٨ مكرراً بمراعاة ضوابط أقوال هـــؤلاء الأئمة وللقاضى أن ينظر فى تقديرها عدا ما سبق إلى ظروف الطلاق وإلى اساءة إستعمال هـذا الحق ووضعه فى موضعه ولا تقل فى تقـديرها عن نفقة سنتين وتخفيفاً على المطلق فى الأداء أجاز النص الترخيص له فى سداد جملة المقرر للمتعة على أقساط .

نفقـة الصغـير

فى فقه المذهب الحنفى المعمول به الآن فى نفقة الولد على أبيه أقـــوال وتفاصيل فى إستحقاق النفقة بسبب الاشتغال بالتعليم تعرضت لنوع العلم وحال وطالبه ، وتبعا لذلك اختلفت إتجاهات المحاكم .

ولما كان الاشتغال بطلب العلم يشمل ما هـو ضرورى لتكوين الشخص وإعداده للحياة سواء أكان دينيا أو دنيويا وهذا القدر من العلم بمنزلة الطعام والكساء ، كما يتناول ما ليس بضروري للطالب فى الدين أو فى حيـاته وقد يكون الملزم بالنفقة أحد الأبوين أو غيرهما من الأقارب وتعليم الولد أيا كان ذكرا أو أنثى يراعى فيه وسع أبيه وما يليق بمثله ولا يلزم الإنسان بتعليم ابن أخيه مثلا إلى المستوى الواجب لابنه .

من أجل هذا كان من المصلحة أو العدل تقرير أن الاشتغال بالتعليم يعتبر عجزا حكميا موجبا للنفقة إذا كان تعليما لعلم ترعاه الدولة ولا ينـــافى الدين وبشرط أن يكون الطالب رشيدا فى التعليم وفى قـدرة من وجبت عليه النفقة الأنفاق عليه فى التعليم . ونفقة الأنثى على أبيها حتى تتزوج أو تتكسب ما يفى بنفقتها لأن الأنوثة فى ذاتها عجز حكمى .

ولا مراء فى أن نفقة الأولاد على أبيهم تكون بقدر يسارة و بما يكفل لهم العيش اللائق بأمثاله وتشمل النفقة توفير المسكن لهم .

تعزيز المطلق اذا أخل بواجباته المبينة فى هذا المشروع

التعزير عقوبة مفوضة إلى رأى الحاكم كما يقول فقهاء المذهب الحنفى ويختلف باختلاف الجريمة وأجاز الفقهاء التعزيز بالحبس ويجوز أن يكون العقوبة الوحيدة وأن يضم إليه عقوبة أخرى كالتغريم وهذه العقوبة الأخيرة أجازها الإمام أبو يوسف وأجازها بعض فقهاء الشافعية وأجيزت فى مواضع مذهب الإمام أحمد .

وإذا كان الفقهاء قد قرروا أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة.

وكان تنظيم أمر توثيق الطلاق وأعلام المطلقة بوقوعه ووصول سنده اليها من المصالح العامة فان تجريم المطلق إذا أخل بالواجبات المنوطة به فى المادة الخامسة مكرراً من هذا المشروع يكون أمراً ذا سند صحيح شرعا وكذلك الحال بالنسبة للواجبات المبينة فى المادة السادسة مكرراً .

كما يعاقب الموثق أيضا إذا أخل بالتزاماته التى فرضها عليه هذا القانون بالعقوبات المبينة بالمادة ٢٣/٢ مكرراً .

إذ لا يكفى فى الأمور التنظيمية تقريرها بل لا بد من حماية هذا التنظيم حتى يؤتى ثماره .

نفقة الزوجة

قضت الفقرة الأولى من المادة الثانية بأن تجب نفقة الزوجة على زوجها من مبدأ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها اليه ولو حكما موسرة كانت أو مختلفة معه فى الدين وهذا هو ما قضى به القانون القائم فى المادة الأولى من القانون

رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ثم جاءت الفقرة الثانية من النص بأنه لا يمنع مرض الزوجة من إستحقاقها للنفقة ، وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به العرف .

ولقد جاء هذا النص فى فقرته الأخيرة بما ذهب اليه مذهب الزيدية وتقتضيه نصوص فقه الإمام مالك من أن ثمن الأدوية وأجرة الطبيب من نفقة الزوج وعدل المشروع بهذا عن مذهب الحنفية فى هذا الموضع .

ومن المقرر لدى جميع الفقهاء أن الزوجة المريضة إذا لم تزف إلى زوجها لا تستحق نفقة قبله فى حالة عجزها عن الانتقال إلى منزل الزوجية .

ثم أبان المشروع فى الفقرة الرابعة من هذه المادة أحوال سقوط نفقة الزوجة فى حالة ارتدادها عن الإسلام أو امتناعها مختارة عن تسليم نفسها لزوجها بدون حق أو اضطرارها إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج كما إذا حبست ولو بغير حكم أو اعتقلت أو منعها أولياءها من القرار فى بيت زوجها .

كما أوضح المشروع عن الأحوال التى لا يعتبر فيها خروج الزوجة بدون اذن زوجها سببا مسقطا لنفقتها عليه فقال أنها الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع كخروجها لتمريض أحد أبويها أو تعهده أو زيارته وإلى القاضى لطلب حقها كذلك خروجها لقضاء حوائجها التى يقضى بها العرف كما إذا خرجت لزيارة محرم مريض أو تقضى به الضرورة كاشراف المنزل على الانهدام أو الحريق أو إذا أعسر بنفقتها ومن ذلك الخروج للعمل المشروع إذا أذنها الزوج بالعمل أو عملت دون اعتراض منه أو تزوجها عالما بعملها .

وذلك ما لم يظهر أن عملها منافى لمصلحة الأسرة أو مشوب باساءة الحق وطلب منها الزوج الامتناع عنه .

وغنى عن البيان أن الفصل عند الخلاف فى كل ذلك للقاضى .

ثم فى الفقرة السادسة نص المشروع على أن نفقة الزوجة تعتبر دينا على الزوج من تاريخ الامتناع عن الانفاق ومع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء وهذا هو الحكم القائم وهو مأخوذ من فقه المذهب الشافعى .

النفقة المتجمدة

أخذ المشروع بقاعدة جواز تخصيص القضاء فنص على إلا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

ذلك لأن فى الطلاق أجازة المطالبة بالنفقة عن مدة ماضية سابقة على تاريخ رفع الدعوى احتمال جواز المطالبة بسنين عديدة كما أن المدة التى كانت مقررة فى المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة المحاكم الشرعية وهى ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى غدت كثيرة مما رأى معه هذا المشروع الإكتفاء بسنة واحدة عن طريق منع سماع الدعوى ولا يضار صاحب الحق بهذا الحكم إذ يمكنه المبادرة إلى طلب حقه حتى لا تمضى عليه سنة فأكثر .

وظاهر أن هذا الحكم خاص بنفقة الزوجة على زوجها لا يتعداه إلى غير هذا من الحقوق .

ولما كانت المقاصة جائزة بين أرباب الديون وقد تكون الزوجة مدينة لزوجها فانه حماية لحقها فى الحصول على ما يفى بحاجتها وقوام حياتها نص المشروع على ألا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين للزوج عليها إلا فيما يزيد على ما يكفيها ويقيم أود حياتها كما أن إمتياز دين نفقة الزوجة عند تزاحم الديون على الزوج وضيق ماله عن الوفاء بالجميع أمر

تقره قواعد فقه المذهب الحنفي وهذا ما قررته الفقرة الأخيرة في هذه المادة .

قواعد تقدير نفقة الزوجة

جاءت المادة ١٦ من المشروع بهذه القواعد فنصت على أن تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً أو عسراً على ألا تقل في حالة العسر عن القدر الذي يفي بحاجتها الضرورية .

ومن هذا يظهر أن المناط أصلا في تقدير النفقة هو حال الزوج المالية في اليسر والعسر وهذا أمر نسبي غاية الأمر أن النفقة إذا كانت عن مدة ماضية على تاريخ الحكم وتغيرت حال الزوج كان التقدير على حالة وقت الاستحقاق لا وقت القضاء .

وهذا إذا كان قد حدث تغير في الحالة المالية . والقدر الذي يفي بحاجتها الضرورية هو ما يعبر عنه في العرف القضائي بنفقة الفقراء ، لا أن يكون فوق طاقته لأن المعيار هو قول الله تعالى (**لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله**) من الآية السابعة من سورة الطلاق .

ثم قرر المشروع ضرورة القضاء بنفقة مؤقتة للزوجة وأوجب على القاضي في حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوفر شروطه أن يفرض لزوجة في مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ .

والملحوظ في هذا هو ألا تترك الزوجة مدة قد يطول فيها التقاضي دون أن يبادر إلى تقرير النفقة المؤقتة بالمقدار الذي يفي بحاجتها الضرورية في ضوء ما استشفه من الأوراق والمرافعة مادامت قد توافرت أمامه أسباب استحقاق الزوجة النفقة وتحققت الشروط .

هذا الحكم المؤقت نافذ فوراً إلى حين صدور الحكم من محكمة أول درجة فى الدعوى وعندئذ يكون النفاذ لهذا الحكم الأخير دون المؤقت على نحو ما هو وارد فى نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى هذا الموضع ثم رخص المشروع للزوج فى حال سداده نفقة لزوجيه بمقتضى الحكم المؤقت أن يجرى المقاصة بين ما أداه فعلا وبين المحكوم عليه نهائيا على ألا يقل ما يبقى للزوجة وتقبضه فعلا عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية .

الحضانة

كان العمل جاريا على إنتهاء حق النساء فى الحضانة للصغير إذا بلغ سن السابعة ويجوز للقاضى أن يأذن ببقائه فى يد الحاضنة إذا رأى مصلحته فى ذلك إلى التاسعة وأن تنتهى حضانة الصغيرة لبلوغها التاسعة إلا إذا رأى القاضى مصلحتها فى البقاء فى يد الحاضنة فله ابقاؤها حتى الحادية عشرة .

وأنه بتتبع المنازعات الدائرة فى شأن الصغار تبين أن لمصلحة تقتضى العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان والأطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا يزعجون بنزعهم من الحضنات ومن أجل هذا ارتأى المشروع أنهاء حضانة النساء للصغير ببلوغه سن الثانية عشرة ثم أجاز للقاضى بعد هذه السن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج أخذاً بمذهب الآمام مالك فى هذا الموضع على أنه فى حال ابقائها فى يد الحاضنة بهذا الاعتبار لايكون للحاضنة الحق فى اقتضاء أجرة حضانة وانما لها الحق فى نفقة المحضون الذاتية من طعام وكساء ومسكن وغير هذا من مصاريف تعليم وعلاج بما يقضى به العرف حدود يسار الأب أو من يقوم مقامه .

كما أن وجود الولد ذكرا كان أو أنثى فى يد الحاضنة سواء قبل بلوغها سن العاشرة أو الثانية عشرة أو بعدها لا يغل يد والدها عنهما ولا يحد من

ولايته الشرعية عليهما فان عليه مراعاة أحوالهما وتدبير أمورهما وولايته عليهن كاملة وإنما يد الحاضنة للحفظ والتربيه وضا القيام بالضروريات التي لا تحتمل التأخير كالعلاج والإلحاق بالمدارس بمراعاة إمكانات الآب .

ثم نص المشروع على حق كل من الأبوين فى رؤية الصغير أو الصغيرة وأثبت هذا الحق للأجداد عند عدم وجود الأبوين باعتبارهم من الآباء .

وإذا تعذر تنظيم مواعيد الرؤية إتفاقا نظمها القاضى بشرط ألا تتم فى مكان يضر بالصغير أو الصغيرة نفسيا كأقسام الشرطة وحق رؤية الأبوين للصغير أو الصغيرة مقرر شرعا لأنه من باب صلة الأرحام التى أمر الله بهـــا (وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله) من الآية رقم ٧٥ من سورة الأنفال ثم منع المشروع تنفيذ حكم الرؤية جبرا وبالقوة حتى لا يضر هذا بالأولاد ، فاذا إمتنع من بيده الولد عن تنفيذ حكم الرؤية بغير عذر أنذره القاضى فان تكرر منه ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا إلى من يلى هذا الممتنع عن تنفيذ حكم الرؤية من أصحاب الحق فيهـا لمدة يقدرها .

ولا مراء فى أن تنفيذ الحكم بنقل الحضانة يتم بمجرد صدوره لشموله بالنفاذ قانونا وبالقوة الجبرية بالأعمال بالمادة ٣٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ثم بين المشروع ترتيب الحاضنـــات والحاضنين من العصبة وذوى الأرحام على نحـو ما هو مقرر فى النص وما هو جار به العمل وفقـــا لفقه المذهب الحنفى .

مسكن الحضانة

إذا وقع الطـــلاق بين الزوجين وبينهما صغار فان المنازعة تثور بينهما

فيمن يختص بمسكن الزوجية المؤجر للزوج هل تنفرد به المطلقة والصغار بوصفها حاضنة لهم أو ينفرد به المطلق باعتبار أنه المتعاقد؟ وحين نعود لأقوال الفقهاء نجد أنهم قالوا : أن من لها إمساك الولد وليس لها مسكن فان على الأب سكناهما جميعا (الدر المختار للحصكفي فقه حنفي فى كتاب الحضانة) .

وإذا كان ذلك فان المطلقة الحاضنة بعد الطلاق الاستقلال مع محضونها بمسكن الزوجية المؤجر لمطلقها والد المحضون ما لم يعد لها المطلق مسكنا آخر مناسبا حتى إذا ما انتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة فللمطلق أن يعود ليستقل دونها بذلت المسكن إذا كان من حقه ابتداء الإحتفاظ به قانونا .

ونص المشروع على اختصاص المحكمة الابتدائية بالفصل فى الطلبين المشار اليها فى الفقرة الأولى من المادة الرابعة من المشروع .

وأجازت الفقرة الأخيرة من هذه المادة للنائب العام أو المحامى العام إصدار قرار مؤقت فيما يثور من منازعات بشأن حيازة المسكن المشار اليه حتى تفصل المحكمة نهائيا فى النزاع .

حكم وقتى

ولما كانت دعاوى الطاعة المنظورة أمام المحاكم الجزئية وقت العمل بهذا القانون سواء أكانت دعاوى أصلية أو معارضات فى أحكام سبق صدورها غيابيا أصبحت من إختصاص المحاكم الابتدائية فانه يتعين على المحاكم الابتدائية فانه يتعين على المحاكم الجزئية لحالتها بالحالة التى تكون عليها وإعلان الغائب من الخصوم بأمر الإحالة مع تكليفه الحضور فى المواعيد العادية أمام المحكمة التى أحيلت اليها الدعوى ولا يسرى الحكم على الدعاوى المحكوم فيها نهائيا وتبقى خاضعة للأحكام التى كانت جارية قبل العمل بهذا القانون .

وبديهى ان يلغى كل ما يخالف الأحكام المقررة ضمن هذا القانون ومن ثم جاءت المادة السادسة مقررة لهذا الحكم .

ومما يجب التنويه به أنه إذا دعت الحاجة لاستجلاء وجه بعض تلك النصوص وجب الرجوع لمصادرها التشريعية سالفة الذكر وأن الأصل دائما هو الفقه الحنفى .

وأتشرف بعوض مشروع القرار بقانون المرافق بتعديل بعض احكام قانون الأحوال الشخصية على هذا الوجه حتى إذا حاز موافقة مجلس الوزراء أتخذت إجراءات استصداره .

وزيرة

الشئون والتأمينات الاجتماعية

دكتورة / امال عثمان

الفصل الأول

الصفحة

الفصل الثاني

الصفحة

الفصل الثالث

الرضاع

الفصل الرابع

الحضـــانة

الصفحة

الفصل الخامس

نفقة الأقارب

الصفحة

الفصل السادس

الصفحة

طبع على مطابع
رواى للإعلان
القاهرة . اسكندرية




رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com